

THÈSE DE
PARIS.

1890

N^o. 31.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

ÉTUDE

SUR

LA LOI ÆLIA SENTIA

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE

SUR

LES REMPLOIS

DANS TOUS LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Mardi 16 Décembre 1890, à midi et demi

PAR

Albert BUDIN

PRÉSIDENT : M. BUFNOIR

SUFFRAGANTS	{	MM. GARSONNET	}	PROFESSEURS
		LAINÉ		AGRÉGÉ
		PLANIOL		

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1890

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

ÉTUDE

SUR

LA LOI *ÆLIA SENTIA*

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE

SUR

LES REMPLOIS

DANS TOUS LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Mardi 16 Décembre 1890, à midi et demi

PAR

Albert BUDIN

PRÉSIDENT : M. BUFNOIR

SUFFRAGANTS	{	MM. GARSONNET	}	PROFESSEURS
		LAINÉ		AGRÉGÉ
		PLANOL		

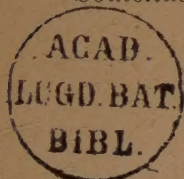
PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1890



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



1880

DROIT ROMAIN

ETUDE

SUR

LA LOI ÆLIA SENTIA

DROIT ROMAIN

ÉTUDE

SUR

LA LOI ÆLIA SENTIA

CHAPITRE PREMIER

De la multitude des esclaves à Rome

Il n'y en a d'abord qu'un petit nombre. C'est un état de choses qu'il faut attribuer à la simplicité des mœurs du vieux Romain, à sa pauvreté, à l'exiguité de son domaine, à sa parcimonie, à son habitude du travail manuel, à la difficulté du recrutement des esclaves. Qu'apercevons-nous dans la famille romaine des premiers siècles ? « Un seul Marcipore ou Lucipore qui s'appelle ainsi du nom de son maître, et qui prend tous ses repas avec lui », répond Pline (1). « Pas du tout ou presque pas d'argenterie, répond aussi Valère Maxime (2), quelques esclaves, sept arpents

(1) Histoire naturelle, xxxiii, 6, 10. *Singuli Marcipores Luciporesve, dominorum gentiles, omnem victum in promiscuo habebant.*

(2) iv, 4, 11. *Nullum, aut admodum parvi ponderis, argentum, paucos servos, septem jugera aridæ terræ, indigentia domestica impensa funera, inopes dotum filias, sed egregios consulatus, mirificas dictaturas, immunerabiles triumphos cernimus.*

d'une terre aride, des funérailles laissées à la charge de la patrie, des filles sans dot; mais des consulats illustres, mais des dictatures admirables, mais des triomphes infinis ».

Les esclaves affluent à Rome, surtout à partir de la prise de Corinthe et de Carthage. « Les Romains, que le sac de Carthage et de Corinthe avait enrichis, s'étaient vite habitués à avoir une très grande quantité d'esclaves à leur service » (1).

Puis, la guerre continue à fournir des prisonniers. Marius, d'après Tite-Live (2), s'empare à Aix et à Verceil de quatre-vingt-dix mille Teutons et de soixante mille Cimbres. César tire de la Gaule un million de vaincus, au dire de Plutarque (3) et d'Appien (4).

Le commerce impitoyable fait aussi ses expéditions. On vend, sur les marchés romains, des Européens, des Asiatiques, des Africains. On y vend beaucoup d'habitants de la vallée du Danube et des bords de la mer Noire (5).

(1) Strabon, XIV, 5.

(2) Epitome, LXVIII.

(3) César, 15; Pompée, 67.

(4) Guerre des Gaules, 2.

(5) Ovide, Tristes, III, Élégie x, 50 et suiv.

..... *Æquato siccis Aquilonibus Istro,*
Invehitur celeri barbarus hostis equo :
Hostis, equo pollens longæque volante sagitta,
Vicinam late depopulatur humum.
Diffugiunt alii ;.....
Pars agitur vinctis post tergum capta lacertis,
Respiciens frustra rura Laremque suum.

Ces légions d'esclaves, à qui on se garde bien d'imposer un costume distinctif (1), finissent par sentir leur force (2). Cent trente-cinq ans et cent-un ans avant Jésus-Christ, ils se soulèvent, et dévastent la Sicile. Spartacus, à son tour, se révolte, et ne succombe (71), qu'après avoir fait trembler Rome.

L'invasion des esclaves apparaît, avec tous ses dangers, quand on jette un coup d'œil sur l'Italie, où abondent alors les grands domaines (*latifundia*), et où le pays des Volsques inspire ces pensées à Tite-Live (3) : « Il est vraisemblable, qu'il y avait une énorme quantité de têtes libres dans ces contrées, qui maintenant donnent à peine quelques soldats, et qui, sans nos esclaves, seraient un désert ».

(1) Appien, Guerres Civiles, II, 120.

(2) *Quid autem bella servilia? Unde nobis, nisi ex abundantia familiarum?* Florus, III, 13.

(3) IV, 12. *Simile veri est.... innumerabilem multitudinem liberorum capitum in iis fuisse locis, quæ nunc, vix seminario exiguo militum relicto, servitia romana ab solitudine vindicant.*

CHAPITRE II

Les affranchissements

Modes anciens. — Innovation.

« Quand un homme n'a été affranchi, ni par le cens, ni par la vindicte, ni par un testament, il n'est pas libre », écrivait Cicéron, dans ses *Topiques* (1), quarante-cinq ans avant notre ère.

Ainsi, à cette époque, la liberté ne s'acquerrait que par les trois modes anciens, dont on avait d'ailleurs, maintes et maintes fois, abusé ; car Scipion Emilien pouvait lancer au peuple, dans le *forum*, l'apostrophe célèbre : « Silence, faux fils de l'Italie. Jamais vous ne me ferez craindre, parce qu'ils sont affranchis, ceux que j'ai amenés ici esclaves » (2).

Il est vrai que la cité, intéressée au premier chef à cet acte, et politique, et civil, qui s'appelle l'affranchissement, ne cessa jamais d'y participer, par un magis-

(1) II. *Si neque censu, neque vindicta, nec testamento, liber factus est, non est liber.*

(2) Valère Maxime, VI, 2, 3. *Taceant,..... quibus Italia noverca est..... Non efficietis, ut solutos verear, quos alligatos adduxi.* Compar. Velléius Paterculus, II, 4, 4.

trat dans le cens et dans la vindicte, par les curies et par les témoins dans le testament. Mais la volonté du maître restait prépondérante.

Dans les derniers temps de la République, c'était de plus en plus rarement l'amour du bien commun, qui conduisait le propriétaire à se dessaisir de ses droits. « Durant la lutte de Clodius et de Caton, la distribution du blé causa un certain embarras à Pompée. Beaucoup de citoyens avaient affranchi leurs esclaves, dans l'espoir qu'ils pourraient prendre leur part de la distribution » (1). Parmi les causes que Denys d'Halicarnasse (2) assigne aux trop nombreux affranchissements, les moins détestables sont « la légèreté » et « la vanité » des maîtres.

Quoi qu'il en soit, leur volonté, si puissante qu'elle fût n'avait primitivement aucun effet, quand elle n'était pas revêtue des formes légales.

Elle finit par obtenir, sans qu'on recourût aux solennités traditionnelles, une certaine valeur pratique. « Ceux qui étaient en liberté, par la seule volonté du maître (à la suite d'une déclaration *inter amicos*), demeuraient esclaves de droit, et, si le *manumissor* entreprenait de les forcer à reprendre leur vie d'esclaves, le Préteur intervenait pour s'y opposer. Mais toutes leurs acquisitions, comme celles d'esclaves, étaient pour le *manumissor* : tous les droits qui leur

(1) Dion Cassius, xxxix, 24.

(2) iv, 24.

échéaient, par des stipulations, par des mancipations, ou autrement, c'est-à-dire tous leurs biens, appartenait ou passaient au maître ou patron » (1). Les Latins Juniens étaient autrefois esclaves *ex jure Quiritium*, mais la protection du Préteur leur garantissait la forme de la liberté ; leur avoir appartenait aux patrons à titre de pécule (2).

C'est à des esclaves de cette condition intermédiaire, que Cicéron, dans une de ses lettres à Atticus, paraît faire allusion. Ils n'avaient pas été, affirme Cicéron, véritablement affranchis, « surtout en l'absence de toute personne, qui eût fait d'eux une revendication régulière » (3).

(1) Dosithée, *De manum.* 5. *Hi autem, qui domini voluntate in libertate erant, manebant servi, et, si manumissores ausi erant in servitutem denuo eos per vim redigere, interveniebat Prætor, et non patiebatur manumissum servire. Omnia tamen quasi servus acquirerebat manumissori; nam, sive quid stipulabatur, vel mancipio accipiebat, vel ex quibuscumque causis aliis adquisierat, domini hoc faciebat, id est, manumissi omnia bona ad patronum pertinebant.*

(2) Comm., III, 56. *Admonendi sumus.... eos, qui nunc Latini Juniani dicuntur, olim ex jure Quiritium servos fuisse, sed auxilio prætoris in libertatis forma servari solitos: unde etiam res eorum peculii jure ad patronos pertinere solita est.*

(3) VII, 2... *præsertim cum adesset nemo a quo recte vindicarentur.*

CHAPITRE III

**Auguste, et les lois *Ælia Sentia*, *Fufia Caninia*
et *Junia Norbana*.**

*Les idées d'Auguste. — L'œuvre d'Auguste. — Les dates et le domaine des lois *Ælia Sentia*, *Fufia Caninia* et *Junia Norbana*.*

Il y avait à Rome, au temps d'Auguste, une multitude d'esclaves, et, par une suite presque nécessaire, une multitude d'affranchis.

De là naissaient d'énormes périls, dont Auguste, avec son sens politique, se préoccupa. Sans doute, la race romaine s'épuisait. Sans doute, elle avait besoin, plus que jamais, des recrues tirées de l'esclavage. « Ces maîtres du monde, non seulement dans les commencements, mais dans tous les temps, furent la plupart d'origine servile » (1).

Il ne fallait donc pas songer à supprimer les affranchissements. Auguste voulut simplement les régler, les limiter, les retarder.

Il nota, dans son testament, la politique qu'il convenait de suivre, et Dion Cassius (2) analyse ainsi les

(1) Montesquieu, *Grandeur et Décadence des Romains*, XIII.

(2) LVI, 83

instructions relatives à ce grand objet: « Quatre volumes furent, en outre, apportés et lus par Drusus.... Dans le quatrième volume, Auguste faisait à Tibère et au public, entre autres recommandations, celle de ne consentir, ni à multiplier les affranchissements, dont le danger était d'emplir Rome d'une quantité de gens de toute espèce, ni à prodiguer le droit de cité, la différence devant être tranchée entre les Romains et leurs sujets ».

Il s'agissait là de l'esprit qu'il y avait à maintenir dans l'application des lois. Il semble bien aussi qu'il s'agissait de nouvelles lois à faire.

Dans ces matières, quelle fut, d'après les historiens, l'œuvre d'Auguste ?

« Mettant un grand prix, dit Suétone (1), à conserver la pureté du sang romain, qu'aurait pu altérer le mélange du sang étranger et servile, il donna le droit de cité avec une très grande réserve, et apporta des bornes au droit d'affranchir..... Non content d'avoir éloigné les esclaves de la liberté, et surtout de la liberté conforme aux principes du droit, par la mul-

(1) Octave Auguste, XL. *Magni præterea existimans sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum, et civitatem romanam parcissime dedit, et manumittendi modum terminavit..... Servos non contentus multis difficultatibus a libertate, et multo pluribus a libertate justa, removisse, quum et de numero et de conditione ac differentia eorum qui manumitterentur curiose cavisset, hoc quoque adjecit, ne vinctus unquam tortuse quis ullo libertatis genere civitatem adipisceretur.*

tiplicité des obstacles, ayant eu soin de bien régler, et le nombre, et la condition, et la différence des affranchis, il défendit de leur accorder jamais, d'aucune façon, le droit de cité, s'ils avaient passé par les fers ou par la torture ».

« Une foule de citoyens, dit aussi Dion Cassius (1), affranchissant inconsidérément beaucoup d'esclaves, Auguste détermina l'âge, que devraient avoir, et celui qui affranchirait, et celui qui recevrait la liberté, avec les droits qu'auraient au regard des affranchis les patrons et les autres citoyens ».

Le « nombre » des affranchis s'entend de la loi Fufia Caninia. Leur « condition », leur « différence », leur exclusion perpétuelle du droit de cité quand ils sont déditices, leur âge, celui de leurs maîtres, les droits des patrons et des autres citoyens, s'entendent de la loi *Ælia Sentia*.

Mais cette « condition », cette « différence », ces « droits des patrons et des autres citoyens », ne sont-ils pas réglés aussi par la loi Junia Norbana, et, par conséquent, en admettant que Suétone et Dion Cassius se soient exprimés avec une certaine précision, ne peut-on pas penser, que la loi Junia Norbana fait partie de l'œuvre d'Auguste ? Nous aurons plus loin à étudier cette question, pour déterminer l'étendue de la loi *Ælia Sentia*.

(1) LV, 13.

Quels sont les dates et le domaine des lois *Ælia Sentia*, *Fufia Caninia*, et *Junia Norbana* ?

Les lois *Ælia Sentia* et *Fufia Caninia* étant certainement reconnaissables dans l'analyse sommaire qu'en ont laissée Suétone et Dion Cassius, il faut les attribuer à Auguste.

Or nous trouvons sous Auguste le consulat de S. *Ælius Catus* et de C. *Sentius Saturninus*, en l'an 4, après Jésus-Christ, et le consulat de *Fufius Camillus* et de C. *Caninius Gallus*, en l'an 8, après Jésus-Christ. Les deux premiers ont donné leur nom à la loi *Ælia Sentia*, et les deux autres à la loi *Fufia Caninia*.

La loi *Ælia Sentia* est donc de l'an 4, et la loi *Fufia Caninia* de l'an 8.

Il n'y a pas d'incertitude sur le champ de la loi *Fufia Caninia*. Elle limite les affranchissements testamentaires, en fixant le « nombre » des esclaves qui sont appelés à en profiter.

La loi *Ælia Sentia* n'a pas un domaine aussi bien circonscrit. Peut-être n'en connaissons-nous pas tous les chefs. On a allégué, qu'elle en avait au moins quinze.

Un coup d'œil jeté sur les textes, que nous possédons, montre qu'elle envisage, au point de vue des affranchissements, certaines peines infamantes subies par l'esclave, l'âge de l'esclave, l'âge du maître, les droits du patron du maître, ceux des créanciers du maître. Elle réprime aussi l'ingratitude de l'affranchi.

Elle se rapproche de la loi Junia Norbana, lorsque l'esclave qu'il s'agit d'affranchir n'a pas trente ans.

Dans ce cas, d'après la loi *Ælia Sentia* et la loi Junia Norbana combinées, l'esclave acquiert, par l'affranchissement, la qualité de Latin Junien. Mais quelle est ici la part de chacune des deux lois ?

Si la loi Junia Norbana est antérieure à la loi *Ælia Sentia*, il est clair que la loi *Ælia Sentia* n'a eu qu'à s'y référer, et qu'à introduire, dans la classe dès lors bien connue des Latins Juniens, l'affranchi qui a moins de trente ans.

Si la loi Junia Norbana n'est pas antérieure à la loi *Ælia Sentia*, il y a une difficulté : l'affranchi, qui n'est pas âgé de trente ans, ne devient pas citoyen Romain ; il ne devient pas, et c'est évident, Latin Junien. Mais la loi *Ælia Sentia* le laisse-t-elle dans la catégorie de ces esclaves, libres de fait, que nous avons aperçus au chapitre II ? Lui refuse-t-elle simplement la liberté ? Organise-t-elle pour lui un état nouveau, qui annonce et prépare la condition du Latin Junien ? C'est un examen, que nous aurons à faire, une fois arrivés à l'étude des divers chefs de la loi *Ælia Sentia*.

Quant à présent, nous devons chercher, laquelle des deux lois *Ælia Sentia* et Junia Narbona a été adoptée la première.

CHAPITRE IV

La Loi *Ælia Sentia* est antérieure à la loi *Junia Norbana*

Controverse. — La loi Junia Norbana n'est pas de l'an 83 avant notre ère. — La loi Junia Norbana ne se compose pas de deux lois, l'une de l'an 26, et l'autre de l'an 25, avant notre ère. — La loi Junia Norbana est de l'an 19 après Jésus-Christ, et, par conséquent, postérieure à la loi Ælia Sentia.

La loi *Ælia Sentia* appartient à l'an 4 de notre ère : c'est ce que nous avons constaté dans le précédent chapitre.

Mais quelle est la date de la loi *Junia Norbana* ? Il y a, sur ce point, une vive controverse. Le nom de *Junia Norbana* nous est livré par Justinien (1). Le titre de *Junia*, ordinairement employé seul, n'aurait pas fourni une base suffisante pour la fixation de la date.

La loi *Junia Norbana*, a-t-on soutenu, est de l'an

(1) *Inst.*, 1, 5, 3.

83 avant notre ère. Car il y eut, cette année, un consul Norbanus. Car ce consul et son collègue, Scipion, ennemis de Sylla, qui finit par les vaincre⁽¹⁾, dévoués au parti démocratique, témoins et approbateurs de la grande mesure, qui avait consisté, peu de temps auparavant (90), à donner aux Italiens le droit de cité, paraissent bien les promoteurs d'une loi, qui tire de demi-esclaves d'un état tout à fait précaire, pour les assimiler presque aux Latins.

Force nous est de répondre, que les consuls de 83, s'appelaient L. Cornelius Scipion l'Asiatique et C. Norbanus ; qu'ils ne peuvent donc point passer pour les auteurs de la loi *Junia* ; que cette loi était ignorée au temps de Cicéron, ainsi qu'il résulte des textes cités au commencement et à la fin du chapitre II, ainsi qu'il résulte aussi, avec une grande précision, d'un texte retrouvé par M. Peyron : « Clodius avait fait cette proposition, à savoir : les esclaves qui, par un acte de la volonté toute seule de leurs maîtres, c'est-à-dire par un affranchissement purement privé, avaient été mis et demeuraient en liberté, obtiendraient de plein droit la liberté légale et le droit de cité, leur suffrage comptant dans les tribus rurales » (2).

Certains renoncent à faire remonter la loi *Junia*

(1) Velleius Paterculus, II, 25.

(2) Cicéron, *Pro Milone*, 12. *Clodius constituerat, ut servis, qui, privata dominorum voluntate manumissi, in libertate morabantur, justa libertas ac civitas romana cum suffragio in rusticis tribubus ipso jure daretur.*

Norbana à l'an 83. Mais ils tiennent à la constituer l'ainée de la loi *Ælia Sentia*.

Ils observent, qu'Ulpien et Dosithée semblent ne rattacher à la loi *Junia* que les affranchissements *inter amicos*. « *Hodie autem*, dit Ulpien (1), *ipso jure liberi sunt ex lege Junia, e qua lege Latini Juniani nominati sunt, inter amicos manumissi* ». « *In his, qui inter amicos manumittuntur, voluntas domini spectatur*, dit aussi Dosithée (2) ; *lex enim Junia eos fieri Latinos jubet, quos dominus liberos esse voluit* ». Comment expliquer, qu'Ulpien et Dosithée omettent ici les affranchis qui n'ont pas trente ans ?

Les partisans de l'antériorité de la loi *Junia Norbana* ajoutent, que Gaius, dans sa courte revue historique de la condition des affranchis non citoyens (3), passe directement de l'état de choses institué par le Préteur à celui qu'y substitua la loi *Junia*, et qu'il ne présente pas la loi *Ælia Sentia* comme intermédiaire.

Ils comparent, l'une à l'autre, ces deux lois ; et ils trouvent, qu'elles n'ont pas pu sortir du même courant d'idées ; qu'en effet la loi *Junia Norbana* procure à l'esclave un droit véritable ; qu'elle fait d'un *servus in libertate* un homme réellement libre ; qu'au contraire la loi *Ælia Sentia* tend à restreindre les affranchissements.

(1) I, 10.

(2) 7.

(3) I, 22 et 23 ; III, 56.

Ils remarquent aussi, que c'est la loi *Ælia Sentia* qui a créé la *causæ probatio*, et que, si la loi *Junia Norbana* est plus récente, on ne voit pas pourquoi elle ne s'en est pas approprié les règles, et pourquoi il a fallu attendre que le *Sénatus Consulte Pégasien* les appliquât aux Latins âgés de plus de trente ans (1).

Ils insistent sur les mots *conditio* et *differentia*, dont Suétone se sert dans le passage rapporté au chapitre III, et, comme ils en mesurent la grande portée, il les entendent surtout de la loi *Junia Norbana*, qu'ils veulent, par conséquent, attribuer à Auguste, aussi bien que la loi *Ælia Sentia*.

Ils se réfèrent même aux usages, d'après lesquels c'est un seul Consul qui impose son nom à chaque loi.

Et ils découvrent, avant l'ère chrétienne, un *M. Junius Silanus*, consul en 26, et un *C. Norbanus Flaccus*, consul en 25, quelques années après que la suprême puissance est entrée dans les mains d'Auguste.

Toutes ces considérations réunies les induisent à supposer l'existence de deux lois : d'une loi *Junia*, de 26, relative aux affranchissement *inter amicos*, et d'une loi *Norbana*, de 25, relative aux affranchissements faits par le maître, qui a seulement l'esclave *in bonis*.

(1) Gaius, I, 31.

Nous ne pouvons pas admettre ce système.

La répartition des règles de la loi Junia Norbana entre deux lois repose sur une hypothèse gratuite : Justinien dit : « Junia Norbana », non pas Junia et Norbana.

On connaît un certain nombre de lois, qui prennent le nom des deux consuls de l'armée : par exemple, et justement dans notre matière, la loi *Ælia Sentia*, et la loi *Fufia Caninia* ; ainsi encore, la loi *Julia et Titia* (1).

Les textes d'Ulpien, de Dosithée, de Gaius, qui visent seulement la loi Junia Norbana, n'en prouvent pas du tout la priorité, l'expression *inter amicos* étant générique ; et ils se concilient avec l'opinion, qu'à la loi *Ælia Sentia*, qui prive de la liberté légale les affranchis âgés de moins de trente ans, mais qui leur laisse la liberté de fait, garantie par le Préteur, en y joignant le privilège de la *causæ probatio*, succède une loi qui établit la latinité Junienne, la loi Junia Norbana. Et nous verrons plus loin, que, tout en semblant favorable aux esclaves, elle sert bien plutôt l'intérêt de la Cité et du Trésor du peuple (2). Cela étant, et l'esclave, à qui il ne manque pas autre chose que l'âge de trente ans, devant être mieux traité que celui dont l'affranchissement pèche du côté de la forme ou du droit du maître, il est très concevable

(1) Justinien, *Inst.*, I, 20.

(2) Gaius, III, 62.

que la loi Junia Norbana ne se soit pas occupée de la *causæ probatio*.

Quant aux termes de *conditio* et de *differentio*, qu'il ne faut pas séparer de *numerus*, la loi Ælia Sentia et la loi Fufia Caninia, peut-être aussi le testament d'Auguste, suffisent à en justifier l'emploi.

Nous pensons, conformément à l'opinion la plus répandue, que la loi Junia Norbana est postérieure à la loi Ælia Sentia, et qu'elle trouve sa place au début du règne de Tibère, en l'an 19.

Les deux consuls de 19 ne sont-ils pas M. *Junius Silanus* et L. *Junius Norbanus* ? Le nom de la loi échappe à toute critique, soit que l'on se contente du vocable ordinaire « Junia », soit que l'on recoure à l'appellation plus sonore de « Junia Norbana ». Il faut avouer, qu'il y a là quelque chose de bien séduisant.

Nous rappelons, que Gaius, dans sa récapitulation des Latins Juniens, n'a pas besoin de prononcer le nom de la loi Ælia Sentia. « Ils s'appellent, .. Juniens..., parce que la loi Junia leur a donné la liberté ; ils étaient autrefois regardés comme esclaves (1). Ils furent appelés... Juniens....., parce que ce fut la loi Junia qui les rendit libres, bien qu'ils ne fussent pas citoyens romains » (2). La condition de tous les

(1) I, 22. *Appellantur.....Juniani....., quia per legem Juniam libertatem acceperunt, cum olim servi viderentur.*

(2) III, 56... *Admonendi sumus... appellatos... esse Junianos..., quia per legem Juniam libèri facti sunt, etiamsi non essent cives Romani.*

Latins Juniens doit donc être, en principe, attribuée à la loi Junia Norbana. Il est vrai, qu'à plusieurs reprises Gaius se sert de phrases telles que celles-ci : « *Minores triginta annorum manumissi et latini facti ex lege Ælia Sentia* » (1) ; mais on comprend que la loi Junia Norbana ait dû se référer à la loi Ælia Sentia déjà en vigueur, et retenir l'affranchissement, qui en résultait, pour le compléter.

Un peu plus loin (2), Gaius examine la transmission des biens laissés par les déditices, « *quos lex Ælia Sentia dedititiorum numero facit* ». Il distingue les déditices, qui seraient parvenus à la Cité, de ceux qui auraient été Latins, s'ils ne s'étaient pas trouvés *in aliquo vitio*, et il est bien obligé de laisser entendre que la loi Ælia Sentia songe seulement aux affranchis citoyens : « leurs biens sont attribués *par la même loi* (c'est-à-dire par la loi Ælia Sentia), aux patrons, comme ceux des citoyens Romains » (3). Quant aux biens des déditices, qui ont failli être Latins, la dévolution en est faite « aux patrons, comme si les affranchis étaient morts Latins. Et il ne m'échappe pas, ajoute Gaius, que, sur ce point, l'auteur de la loi n'a pas donné à sa volonté une expression suffisante. » (4).

La loi Junia Norbana n'existait donc pas, lorsque

(1) I, 31.

(2) I, 74 à 76.

(3) *Bona, quascivium Romanorum, patronis eadem lege tribuuntur.*

(4) *Patronis, ac si Latini decessissent. Nec me propterit non satis in ea re legis latorem voluntatem suam verbis expressisse.*

la loi *Ælia Sentia* fut faite. Si elle avait existé, n'aurait-on pas pensé aux Latins réduits à l'état de déditices, comme on pensait aux autres déditices, qui auraient été citoyens ? Mais plus tard, en l'an 19, quand on rédigea la loi *Junia Norbana*, pourquoi le même cas fut-il omis ? Sans doute, parce que la loi *Junia Norbana* ne concerne pas les pérégrins (1).

Comme Gaius, Dosithée est conduit immédiatement, de la liberté garantie par le Préteur, à la liberté donnée par la loi *Junia Norbana*. « *Hi autem, qui domini voluntate in libertate erant, manebant servi ; interveniebat prætor.... Sed nunc habent propriam libertatem inter amicos manumissi, et fiunt Latini Juniani, quoniam lex Junia, qui libertatem iis dedit, exœquavit eos Latinis coloniariis* » (2).

Si la loi *Ælia Sentia* était postérieure à la loi *Junia Norbana*, elle la compléterait, et elle serait visée dans le passage suivant de Dosithée, auquel nous avons fait allusion : « *Peregrinus manumissor servum non potest ad Latinitatem perducere, quia lex Junia, quæ Latinorum genus introduxit, non pertinet ad peregrinos, sicut et Octavenus probat* » (3).

Les compilateurs des *Institutes* de Justinien, munis de tous les documents utiles et résumant les deux lois, n'attribuent d'affranchis latins qu'à la loi *Junia*

(1) Dosithée, *De manum.*, 12.

(2) *De manum.*, 6.

(3) *De manum.*, 12.

Norbana : « *Modo... Latini lege Junia Norbana fiebant, modo... fiebant ex lege Ælia Sentia deditiorum numero* » (1). Si la loi Ælia Sentia avait été faite après la loi Junia Norbana, elle aurait créé toute une classe de Latins, et Justinien ne se serait pas dispensé de lui en faire honneur. Dans sa constitution de 531, par laquelle la condition des Latins est abolie, il abroge expressément la loi Junia, mais il ne prononce même pas le nom de la loi Ælia Sentia (2).

On objecte, contre la possibilité de l'ordre chronologique auquel nous nous arrêtons, le caractère de la loi Junia Norbana. On la répute toute favorable à l'affranchi. Nous trouvons qu'il y a là une idée inexacte.

Il est évident que l'affranchi gagne, à devenir Latin, une certaine sécurité. Sa condition, sa liberté, est assurée, non plus seulement par le Préteur, mais par le législateur lui-même. Voilà pour le droit pur. Dans la pratique, le *servus in libertate* ressemblait beaucoup au citoyen ; d'où, à une possession d'état, puis à une usurpation définitive de la qualité de *civis*, il n'y avait que quelques pas. La loi Junia Norbana met la main sur cet homme, qui, à la faveur de son obscurité, allait peut-être se glisser dans la foule des membres de la cité. Elle l'établit dans une classe distincte. Elle fixe son rang et ses droits. Il ne peut pas

(3) 1, 5, 3.

(4) L. unique, C., de Lat. libert., VII, 6,

tester : les biens qu'il laisse à sa mort appartiennent au patron ou aux héritiers du patron, et tombent, à leur défaut, dans le trésor du peuple. Cette dévolution instructive ressort clairement des paroles de Gaius : « *Si alter ex his patronis suam partem in hereditate civis Romani liberti spernat, vel ante moriatur quam cernat, tota hereditas ad alterum pertinet. Bona autem Latini pro parte decedentis, (ou, d'après Göschen, Huschke, Giraud, Muirhead, deficientis), patroni caduca fiunt, et ad populum pertinent* » (1). La loi Junia Norbana avait donc une portée, et politique, et même financière, qui doit la faire ranger à côté des lois *Ælia Sentia* et *Fufia Caninia*.

Si réellement elle était de l'an 19, peut-on objecter, cette loi Junia Norbana, qui ne donnait aux Latins Juniens le droit d'être, ni institués héritiers, ni appelés à un legs, aurait dû les priver aussi du bénéfice des fidéicommiss. Notre réponse consistera à demander pourquoi les perégrins, moins favorisés cependant que les Latins Juniens, n'ont perdu la faculté de recueillir des fidéicommiss qu'en vertu d'un rescrit d'Adrien (2).

Quant à l'objection née de ce que la loi Junia Norbana refuse l'avantage de la *causæ probatio* à l'esclave affranchi, soit *inter amicos*, soit par un maître qui n'a

(1) III, 62.

(2) Gaius, II, 285.

pas le *dominium ex jure Quiritium*, nous l'avons écartée précédemment.

Il nous reste à faire deux observations : la première, c'est que, pour diviser la loi Junia Norbana en deux autres lois de 26 et de 25, c'est-à-dire des premiers temps de la domination d'Auguste, et pour les considérer comme purement favorables aux esclaves, il faut admettre un changement total dans les vues politiques d'Auguste ; la seconde, c'est que, à supposer la loi Junia Norbana antérieure à Auguste, les fastes consulaires la font remonter à l'an 83, et nous savons que Cicéron, en l'an 45, ne la connaissait pas.

CHAPITRE V

La déchéance de l'esclave: la loi *Ælia Sentia* institue la classe des affranchis déditices

La déchéance de l'esclave. — Les pérégrins déditices. — Les affranchis déditices. — Les enfants des déditices. — Les biens laissés, à leur mort, par les affranchis déditices. — Dans un cas, l'affranchissement assure la qualité de citoyen Romain à l'esclave, qui devrait être déditice.

Dans l'ancien droit, tout esclave, quelle que fût sa dégradation, acquérait la qualité de citoyen par l'effet d'un affranchissement conforme aux règles légales.

Cet état de choses fut changé par la loi *Ælia Sentia*, Auguste ne voulut pas laisser la dignité du citoyen Romain s'avilir. Si les représentants de toutes les nations y pouvaient aspirer, il fallait au moins qu'ils fussent exempts de certaines taches.

La loi *Ælia Sentia* tint, en conséquence, un certain compte de la vie antérieure des esclaves.

Elle rechercha s'ils avaient été, ou mis aux fers, ou

marqués d'un fer rouge, ou convaincus d'un délit pour lequel ils auraient subi la torture, ou livrés pour combattre comme gladiateurs ou contre les bêtes féroces, ou jetés dans l'amphitéâtre ou en prison ; « *Qui servi a dominis pænæ nomine vincti sint, quibusve stigmata inscripta sint, deve quibus ob noxam quæstio tormentis habita sit, et in ea noxa fuisse convicti sint, quique ut ferro aut cum bestiis depugnarent traditi sint, inve ludum custodiamve conjecti fuerint* » (1).

Quelle devait être la condition des esclaves flétris d'une de ces manières ?

Il y avait des peuples, qui, après avoir fait la guerre aux Romains, s'étaient rendus à discrétion (2).

Tite Live nous a transmis la formule d'un de ces grands abandons. « *Deditisne vos, populumque Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utensilia, divina, humanaque omnia, in meam populi que Romani ditionem ? Dedimus* » (3).

Ces vaincus n'appartenaient pas à la cité romaine. Ils n'appartenaient même à aucune cité (4). Ils s'appelaient *peregrini dedititii*.

Leur condition fut communiquée à une nouvelle classe d'affranchis, celle des affranchis déditices (5).

(1) Gaius, I, 13; compar. Ulpien, I, 11.

(2) Gaius, I, 14.

(3) I, 38.

(4) Ulpien, XX, 14.

(5) Gaius, I, 13, *in fine*.

On traitait de déditices tous les affranchis qui, au cours de leur esclavage, sous la puissance du *manimissor* ou d'un maître précédent, avaient subi une des flétrissures, que nous avons énumérées (1).

Au temps de Gaius, il n'y avait plus à considérer, pour savoir s'ils avaient pu parvenir à la liberté, ni la forme de leur affranchissement, ni leur âge, ni la nature du droit de leur maître ; ils étaient déditices, au lieu d'être, soit citoyens Romains, soit Latins ; *quocumque modo et cujuscumque ætatis manumissos, etsi pleno jure dominorum fuerint* » (2).

La loi Junia Norbana n'existant pas en l'an 4, lorsque la loi Ælia Sentia fut préparée et adoptée, il ne put, à cette époque, être question que des affranchis, qui, sans leur déchéance, auraient été investis du droit de cité. Dans la suite, sinon par une disposition directe de la loi Junia Norbana, qui ne concernait pas les pérégrins, au moins par la combinaison des principes tirés des lois qui régissaient la matière, il n'y eut plus aucune différence entre les esclaves quelconques, qui obtenaient la liberté après avoir traversé un des états humiliants que nous avons vus.

Ils n'étaient pas citoyens Romains, et ils ne pouvaient pas le devenir. *Nec ulla lege, aut senatus-consulto, aut constitutione principali, aditus illis ad civitatem Romanam datur* (3).

(1) Gaius, I, 13.

(2) Gaius, I, 15.

(3) Gaius, I, 26.

Il leur était défendu de résider à Rome ou dans les cent premiers milles autour de Rome. En cas de contravention, on les vendait, eux et leurs biens, au profit du peuple Romain, avec la clause expresse, qu'ils ne serviraient, ni à Rome, ni dans les cent premiers milles autour de Rome, et qu'ils ne seraient jamais affranchis. S'ils l'étaient contrairement à cette clause, ils se trouvaient esclaves du peuple romain, *servi populi romani* (1).

Ils étaient étrangers partout : ils n'avaient ni *patria* ni *origo*. Ils ressemblaient, par ce côté, aux Romains, à qui une condamnation perpétuelle avait fait perdre le droit de Cité et qu'on réputait *peregrini sine civitate* (2).

En ce qui concerne les testaments, Gaius met les affranchis déditices sur le même pied que les autres pérégrins. Nous concluons de là, qu'ils avaient, avant le rescrit d'Adrien, la faculté de recueillir des fidéicommiss. Cette manière de voir est contestée, mais elle s'accorde avec le texte de Gaius : « *Hi vero, qui dedititiorum numero sunt, nullo modo ex testamento capere possunt, non magis quam quilibet peregrinus, quia nec ipsi testamentum facere possunt* » (3). Elle est fortifiée par le texte d'Ulpien : « *Dedititiorum*

(1) Gaius, I, 27.

(2) Justinien, Inst. I, 12, 1 ; L. 2, 1 et II ; L. 17, D., *De pœnis*, XLVIII, 19.

(3) Gaius, I, 25, révision Studemund.

numero heres institui non potest, quia peregrinus est, cum quo testamenti factio non est » (1).

Bien entendu, en leur qualité d'affranchis, les déditices étaient soumis aux *jura patronatus*.

Cet aperçu montre bien que Gaius avait raison de placer les déditices au dernier rang des hommes libres : *pessima libertas* (2).

Une femme, qui a le droit de cité, épouse un déditice, le croyant citoyen ou latin. « *Lex Mensia*, nous dit Ulpien (3), *ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi jubet* ». Si la loi *Mensia* produit ici tout son effet, l'enfant sera déditice, et incapable, par conséquent, d'arriver jamais à la cité. Or, il y parvient, contrairement à la loi *Mensia*, pourvu que la mère emploie *l'erroris causæ probatio*. « *Si civis Romana per errorem nupta sit peregrino, tanquam civi Romano, permittitur ei causam erroris probare, et ita filius quoque et maritus ad civitatem Romanam perveniunt... Idem juris est aliquatenus, si ei, qui dedititiorum numero est, tanquam civi Romano aut Latino e lege Ælia Sentia, nupta sit : nisi quod scilicet, qui dedititiorum numero est in sua conditione permanet, et ideo filius, quamvis fiat civis Romanus, in potestatem patris non redigitur* » (4). Les

(1) xxii, 2.

(2) i, 26.

(3) v, 8.

(4) Gaius, i, 68.

enfants des déditices sont donc des pérégrins ordinaires, qui peuvent acquérir la qualité de citoyens.

Il est à noter que le nom de la loi Mensia se rencontre seulement dans le texte d'Ulpien, cité plus haut, et qu'on a supposé, mais sans faire sortir cette opinion de la catégorie des conjectures, qu'au lieu de « Mensia » il fallait lire « Ælia Sentia ».

Les règles, suivies pour la succession des affranchis citoyens, furent appliquées par la loi Ælia Sentia aux biens laissés par les déditices, qui auraient été citoyens Romains, s'ils ne s'étaient pas trouvés *in aliquo vitio* : la loi Ælia Sentia appelait ainsi à recueillir ces biens, le patron et les descendants du patron : « *Bona,... quasi civium Romanorum, patronis eadem lege tribuuntur* » (1).

Accordait-elle aux déditices le droit de tester ? Les jurisconsultes romains prenaient le silence de la loi pour un refus. « *Incredibile videbatur pessimæ conditionis hominibus voluisse legislatorem testamenti faciendi jus concedere* » (2).

Quant à des Latins Juniens réduits à l'état de déditices, nous avons déjà vu, dans notre chapitre IV, qu'il ne pouvait pas y en avoir au temps de la loi Ælia Sentia, puisqu'alors la loi Junia Norbana n'existait pas. Et c'est pourquoi les biens, laissés par cette sorte de déditices, n'étaient expressément visés par aucun texte

(1) Gaius, III, 75.

(2) Gaius, III, 75.

légal : « *Nec me præterit non satis in ea re legis latorem voluntatem suam verbis expressisse* » (1). Gaius déclare, néanmoins, que leurs biens étaient attribués au patron ou à ses héritiers selon les règles qui gouvernaient les biens laissés par les Latins Juniens.

Il est un cas dans lequel l'affranchissement assure la qualité de citoyen romain à l'esclave, qui devrait être déditice d'après les principes de la loi.

Il faut supposer que le maître est insolvable, et que, par son testament, il laisse la liberté à son esclave, en l'instituant héritier. Il s'assure par là, que ses *sacra privata* passeront dans les mains de l'esclave. Il se procure un héritier, sous le nom de qui ses biens pourront être vendus. Il donne à ses dernières volontés tout l'effet possible. Car l'esclave institué est *heres necessarius*. Devant ces grands intérêts, la loi *Ælia Sentia* s'efface ; une autre loi ne s'efface pas. « *Si non lex Ælia Sentia, sed alia lex, vel Senatusconsultum, aut etiam Constitutio*, nous dit Scévola (2), *servi libertatem impediat, is necessarius fieri non potest, etiamsi non sit solvendo testator* ». Cet esclave devient, non point déditice, mais citoyen romain. C'est la doctrine qu'Ulpien expose dans le passage suivant : « *ab eo domino qui solvendo non est, servus testamento liber esse jussus et heres institutus,*

(1) Gaius, III, 76.

(2) L. 83, pr., D., De hered. instit., XXVIII, 5.

etsi minor sit triginta annis, vel in ea causa sit ut dedititius fieri debeat, civis Romanus et heres fit, si tamen alius ex eo testamento nemo heres sit; quod si duo pluresve liberi heredesque esse jussi sint, primo loco scriptus liber et heres fit: quod et ipsum lex Ælia Sentia facit » (1). Ainsi la loi *Ælia Sentia* n'admet cette grave dérogation à ses règles qu'au profit d'un seul esclave, le premier nommé, si d'autres esclaves ont été institués. La même idée est exprimée par Celse, qui se réfère aussi à la loi *Ælia Sentia* (2). Et Paul nous avertit que cette loi donne à tout substitué la faculté de prendre la place de l'esclave héritier. « *Si is, qui solvendo non est, servum cum libertate heredem instituerit, et liberum substituerit, ante incipiendum erit a substituto; lex enim Ælia Sentia ita demum ei, qui in fraudem creditorum heres institutus est, conservat libertatem, si nemo alius ex eo testamento heres esse potest »* (3).

(1) I, 14.

(2) L. 60, D., De hered. instit., xxviii, 5.

(3) L. 57, D., De hered. instit., xxviii, 5.

CHAPITRE VI

L'âge de l'esclave : la loi *Ælia Sentia* restreint les effets de l'affranchissement de l'esclave qui n'a pas trente ans.

*L'affranchissement, postérieur à la loi *Ælia Sentia*, ne donne pas, en principe, le droit de cité à l'esclave qui n'a pas trente ans. — L'affranchissement, postérieur à la loi *Ælia Sentia*, ne procure à l'esclave, âgé de moins de trente ans, que la liberté, avec le droit de faire la *causæ probatio*. — La *causæ probatio*. — L'affranchissement, postérieur à la loi *Ælia Sentia*, ne confère à l'esclave, âgé de moins de trente ans, la qualité de citoyen Romain, que dans deux cas particuliers. — Premier cas : affranchissement par la vindicte, avec une cause légitime approuvée par un *consilium*. — Second cas : affranchissement testamentaire, en cas d'insolvabilité du maître. — Revue de la condition assurée par la loi *Ælia Sentia* à l'affranchi, âgé de moins de trente ans, qui ne devient pas citoyen Romain.*

L'affranchissement, postérieur à la loi *Ælia Sentia*, ne donne pas, en principe, le droit de cité à l'esclave

qui n'a pas trente ans. Cette proposition résulte avec netteté du texte suivant de Gaius : « *Quod autem de ætate servi requiritur, lege Ælia Sentia introductum est, nam ea lex minores xxx annorum servos non aliter voluit manumissos cives Romanos fieri, quam si vindicta, apud consilium justa causa manumissionis adprobata, liberati fuerint* » (1). L'esclave, qui n'est pas âgé de trente ans, ne devient donc citoyen qu'à de certaines conditions, dont nous aurons à traiter plus loin.

La pensée, qui crée la loi Ælia Sentia, est ici bien apparente. Le jeune esclave doit être tenu à l'écart, et faire, ainsi que nous allons en juger, une espèce de stage. Il y a un texte d'Ulpien (2), qui touche à notre matière, mais qui est tellement altéré qu'il est bien difficile d'en faire usage. La première partie de ce passage est admissible ; elle concorde avec le texte de Gaius ; la voici : « *Eadem lege cautum est (il s'agit de la loi Ælia Sentia), ut minor triginta annorum servus vindicta manumissus civis Romanus non fiat, nisi apud consilium causa probata fuerit* ». Puis une conséquence est tirée, qui ressemble singulièrement à une glose, et dont les termes d'ailleurs sont incertains ; les uns lisent : « *Ideo sine consilio manumissum Cæsaris (ou Senatus — ou Cassius — ou censure) servum manere putat* » ; d'au-

(1) I, 12.

(2) I, 12.

tres : « *proinde sine consilio manumissum ejus ætatis servum manere putat.* » Nous pensons que cette phrase incidente n'est pas d'Ulpien ; car les diverses leçons ne se concilient, ni avec ce qui précède, ni avec le texte de Gaius, ni avec ce qui suit : « *Testamento vero manumissum proinde haberi jubet atque si domini voluntate in libertate esset, ideoque Latinus fit* ».

L'affranchissement, postérieur à la loi *Ælia Sentia*, ne procure donc pas, en principe, le droit de cité à l'esclave, âgé de moins de trente ans. Il lui procure la liberté, avec le droit de faire la *causæ probatio*.

Cet esclave devient libre, et il le devient en vertu de la loi *Ælia Sentia* : « *Ea lex minores triginta annorum servos non aliter voluit manumissos cives Romanos fieri* » (1). Ce n'est plus le Préteur seul, qui reconnaît et sanctionne sa liberté, c'est la loi elle-même, c'est la loi *Ælia Sentia*. Il n'entre plus dans la classe des *servi in libertate* ; il entre dans celle des hommes libres. Une preuve de cette innovation se prend du droit, qui lui est attribué par la loi *Ælia Sentia*, et qui est incompatible avec la condition d'esclave : le droit de contracter un mariage avec une Romaine ou une Latine des colonies. « *Statim enim ex lege Ælia Sentia cautum est, ut minores triginta annorum manumissi et Latini facti, si uxores duxe-*

(1) Gaius, I, 18.

rint, vel cives Romanas, vel Latinas coloniarias, vel ejusdem conditionis, cujus et ipsi essent, ... datur eis potestas..... adprobare se ex lege Ælia Sentia uxorem duxisse, et ex ea filium anniculum habere » (1). Il faut évidemment négliger le membre de phrase « *Latini facti* », puisque la loi Ælia Sentia précéda la loi Junia Norbana. Nous voyons dans ce fragment de Gaius, que l'affranchi, âgé de moins de trente ans, n'a pas seulement le droit d'épouser une Romaine, une Latine des colonies, une femme de sa condition, mais qu'il peut arriver à la cité par la *causæ probatio*.

La *causæ probatio* implique le concours de quatre circonstances.

L'ancien esclave, qui n'avait pas trente ans lors de son affranchissement, a épousé une Romaine, une Latine des colonies, ou une femme de sa condition.

Il a contracté ce mariage « *liberorum quærendorum causa* ».

Il l'a contracté devant sept témoins, citoyens Romains et pubères.

Un enfant de l'un ou de l'autre sexe est issu du mariage depuis douze mois (*anniculus* ou *annicula*).

Dans cet état de choses, l'affranchi comparait devant le Préteur ou devant le président de la province, pour fournir la preuve des quatre faits. Si elle est admise, le droit de cité appartient à l'affranchi, à la femme et à

(1) Gaius, I, 29.

l'enfant (1). Ulpien (2) attribue à la loi Junia l'institution de la *causæ probatio*, mais il faut voir là une faute de copie. Car, plus bas (3), il concède *l'erroris causæ probatio* à une Romaine, qui a cru se marier avec un latin « *ex lege Sentia* », et qui, ayant réellement épousé un pérégrin, est frustrée du bénéfice de la *causæ probatio* (*quasi latino, ex lege Ælia Sentia, nupta*).

Si l'affranchi meurt avant que l'enfant ait douze mois, la femme a le droit de « *probare causam* » (4).

L'affranchissement, postérieur à la loi Ælia Sentia, ne confère à l'esclave, âgé de moins de trente ans, la qualité de citoyen Romain, que dans deux cas particuliers.

L'esclave, dans le premier cas, est affranchi par la vindicte, avec une cause légitime approuvée par un *consilium*. Gaius et Ulpien sont d'accord sur ce point. « *Ea lex minores triginta annorum*, lisons nous dans Gaius (5), *servos non aliter voluit manumissos cives Romanos fieri, quam si vindicta, apud consilium justa causa manumissionis adprobata, liberati fuerint* ». « *Eadem lege cautum est*, lisons-nous dans Ulpien (6), *ut minor triginta annorum servus vin-*

(1) Gaius, I, 29.

(2) III, 3.

(3) VII, 4.

(4) Gaius, I, 32.

(5) I, 18.

(6) I, 12.

dicta manumissus civis Romanus non fiat, nisi apud consilium causa probata fuerit ». Emploi de la vindicte, existence d'une cause reconnue par la loi, approbation d'un conseil, tel est l'ensemble des conditions auxquelles l'affranchi, qui n'a pas trente ans, peut acquérir le droit de cité.

Il n'est pas possible de dresser une liste complète des *justæ causæ*. Gaius (1) en cite un certain nombre d'exemples. Ainsi l'esclave, que le maître pourra être autorisé à affranchir, sera son père, son fils, son frère, son précepteur, sa nourrice, son frère de lait, une *ancilla* qu'il veut épouser, un *procurator ad litem* qu'il a l'intention de constituer. Le *procurator ad litem* devra avoir au moins l'âge de dix-sept ans, avant lequel on n'a pas le droit de *postulare* (2). En somme l'affranchissement a une cause légitime, lorsqu'il se fonde sur l'affection, sur la reconnaissance, ou sur l'intérêt.

A Rome, le *consilium* se compose de cinq sénateurs et de cinq chevaliers Romains pubères ; dans les provinces, de vingt *recuperatores* citoyens Romains (3). Nous savons, par Ulpien (4), que la nomination des membres du conseil appartient au magistrat. C'est lui aussi qui en a la présidence, et il n'a pas la

(1) I, 19 et 39.

(2) L. I, § 2 et 3, D., de postul., III, 1.

(3) Gaius, I, 20.

(4) L. I, pr., D., et § 2, De off. cons., I, 10.

faculté de la déléguer, car elle fait partie de la juridiction gracieuse (1).

Le *consilium* délibère sur les *justæ causæ*, à Rome aux jours fixés, et dans les provinces le dernier jour des *conventus*, c'est-à-dire le dernier jour des assises tenues par les gouverneurs pour l'administration de la justice contentieuse ou gracieuse. La décision du Conseil n'est pas susceptible d'appel. Mais le magistrat a-t-il le droit de la rejeter ? Il nous semble que non. Car on ne lui octroie ce pouvoir, qu'en interprétant avec inexactitude le texte : « *Consul... ex senatusconsulto consilii causam examinat* » (2).

Le second cas est celui où le maître, étant insolvable, affranchit par son testament un esclave, qui n'a pas trente ans. Il n'y a qu'à transporter ici les règles tracées, pour un cas pareil, à la fin du chapitre V. Il suffit que nous ajoutions au texte d'Ulpien (3) déjà cité, le texte suivant de Gaius (4) : « *Minor triginta annorum servus manumissione potest civis Romanus fieri, si ab eo domino, qui solvendo non erat, testamento liber et heres relictus sit* ».

Quelle est, en définitive, la condition assurée par la loi *Ælia Sentia* à l'affranchi, âgé de moins de trente ans, qui ne devient pas citoyen Romain ?

(1) L. 2, pr., D, De off. ejus cui mandata est jurisdictio.

(2) L. 1, § 2, D., De off. cons., I, 10.

(3) I, 14.

(4) I, 21.

Il est libre.

Il peut obtenir le droit de cité au moyen de la
« *causæ probatio* ».

Il meurt esclave, et les biens qu'il laisse appartiennent au patron ou à ses héritiers.

CHAPITRE VII

L'âge du maître : la loi *Ælia Sentia* interdit l'affranchissement au maître qui n'a pas vingt ans.

La règle est que l'affranchissement fait par un maître, âgé de moins de vingt ans, n'a aucun effet. — Deux exceptions apportées à la règle. — L'affranchissement est permis, lorsqu'il y a une justa causa approuvée par un consilium ; mais, dans ce cas même, l'affranchi ne devient citoyen Romain que si la vindicte est employée. — L'esclave est valablement affranchi et institué héritier dans le testament du maître insolvable.

C'est la loi *Ælia Sentia* qui a établi la règle, d'après laquelle l'affranchissement fait par un maître, âgé de moins de vingt ans, n'a aucun effet. Gaius et Ulpien en donnent une formule précise, en exprimant d'ailleurs l'une des deux exceptions qui y sont apportées. « *Eadem lege*, dit Gaius, *minori XX annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium justa causa manumissionis adprobata fuerit* » (1). « *Eadem lex*, dit

(1) I, 38.

Ulpien, *eum dominum, qui minor viginti annorum est, prohibet servum manumittere, præterquam si causam apud consilium probaverit* » (1). Le maître, qui n'a pas vingt ans, peut aliéner son esclave. Il ne peut pas l'affranchir. Nous n'avons pas besoin d'insister sur les motifs de cette prohibition. Ils sont politiques et sociaux. Ils touchent aux meilleurs intérêts et à la grandeur de Rome. Nous les avons visés au commencement de cette étude.

Evidemment, le maître, âgé de moins de vingt ans; n'a pas le droit d'affranchir son esclave par un moyen détourné. A supposer qu'il l'aliène en imposant à l'acheteur la charge de lui donner la liberté, l'esclave ne pourra pas être affranchi. La décision sera la même, si, l'esclave étant dû à un mineur de vingt ans, le mineur invite le débiteur à l'affranchir (2).

Toutefois, lorsqu'il a un simple droit d'usufruit, d'usage, de gage, ou d'hypothèque, sur l'esclave, il peut y renoncer en vue de l'affranchissement (3).

La prohibition cesse dès le milieu de la nuit qui précède le vingtième anniversaire de la naissance du maître (4),

Deux exceptions sont apportées à la règle.

L'affranchissement est permis, lorsqu'il y a une

(1) I, 13.

(2) L. 66, D., De verb. oblig., XLV, 1.

(3) L. 2, et l. 4, § 2, D., De manum. vind., XL, 2.

(4) L. 1, D., De manum., XL, 1.

justa causa approuvée par un *consilium* ; mais, dans ce cas même, l'affranchi ne devient citoyen Romain que si la vindicte est employée.

Pour la détermination des *justæ causæ*, pour la composition du conseil, pour la valeur de sa décision, nous n'avons qu'à appliquer au cas où l'empêchement est l'âge du maître ce qui est dit, au chapitre précédent, du cas où l'empêchement est l'âge de l'esclave.

Gaius nous enseigne, que le maître peut accorder seulement la *libertas latina*, et que, même pour cela, il doit justifier d'une *causa*, et la faire approuver par le conseil, puis affranchir l'esclave *inter amicos*. Cette faculté n'a pu être donnée au maître que par la loi Junia Norbana, puisque c'est elle qui a institué la classe des Latins Juniens.

L'esclave est valablement affranchi et institué héritier dans le testament du maître insolvable. Les motifs de cette exception, et les règles auxquelles elle est soumise, sont indiqués, dans le chapitre v, à propos d'un cas semblable, auquel nous nous référons. Paul relie notre exception, comme celle qui a pour objet l'esclave, âgé de moins de trente ans, à la théorie des *justæ causæ* : « *Qui potuerint apud consilium manumittendo ad libertatem perducere, possunt etiam necessarium heredem facere, ut hæc ipsa necessitas probabilem faciat manumissionem* », (1).

(1) L. 27, D., De manumissis testamento, XL, 4.

Le but politique de la loi *Ælia Sentia* ressort, une fois de plus, de ce que tout autre affranchissement testamentaire est interdit au maître, de l'âge de quatorze ans à l'âge de vingt ans.

CHAPITRE VIII

Les droits du patron du maître : la loi *Ælia Sentia* interdit l'affranchissement en fraude des droits du patron du maître.

Avant la loi Ælia Sentia. — La loi Ælia Sentia.

Le Prêteur assurait, dans beaucoup de cas, des droits au patron sur les biens laissés par l'affranchi (*pars bonorum patrono debita*), et il consentait à annuler les actes faits en fraude de ces droits. « *Si quid dolo malo liberti factum esse dicetur, sive testamento facto, sive intestato, libertus decesserit, quo minus quam pars debita bonorum ad eorum quem pervenerit, qui contra tabulas bonorum possessionem accipere possunt, cognoscit Prætor, et operam dat, ne ea res ei fraudi sit* » (1). Toutefois, lorsque l'acte, accompli *in fraudem patroni*, était un affranchissement, la règle « *semel præstitam libertatem revocari non licet* » paralysait l'Edit du Prêteur. Il y avait là une lacune : elle fut comblée par la loi *Ælia Sentia*.

(1) L. I, pr., D., *Si quid in fraudem patroni factum sit*, xxviii, 5.

La liberté accordée *in fraudem patroni* rencontre un obstacle invincible dans la loi *Ælia Sentia*. « *Is, qui... in fraudem patroni manumittit, nihil agit, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem* », dit Gaius (1). Un tel affranchissement, quel qu'en soit le mode, ne produit donc aucun effet. Cette règle est posée avec laconisme par Ulpien (2) : « *eadem lex in fraudem... patroni manumittere prohibet* ». Elle nous est parvenue sans détails. Justinien n'en parle pas. Comment s'analyse l'idée de « *fraus* » ? C'est ce que nous ne savons pas au juste. Le *damnum* suffit-il ? Le *consilium fraudis* est-il nécessaire ? Un texte nous éclaire sur les affranchissements *mortis causa* : « *Sicut in legatis non quærimus, dolo malo factum sit, an non sit, ita nec in mortis causa donationibus* », dit Ulpien (3). Ainsi, lorsque la liberté est donnée *mortis causa* ou léguée à l'esclave, le patron du maître n'a pas besoin, pour la lui dénier, d'établir le *consilium* du *manumissor*. Mais ne doit-il pas le prouver, s'il s'agit d'un affranchissement entre vifs ? L'affirmative nous paraît probable. Cette question a dû être discutée, comme nous verrons que l'a été la question analogue en matière d'affranchissements *in fraudem creditorum*. A lire les textes de Gaius et d'Ulpien, on peut estimer,

(1) I, 37.

(2) I, 15.

(3) L. I, § 1, D., *Si quid in fraud. patr.*, XXVIII, 5.

que la loi *Ælia Sentia* ne s'expliquait, ni dans l'un ni dans l'autre cas, sur le sens du mot *fraus*. Or, nous constaterons, que le *consilium*, d'après le plus grand nombre des jurisconsultes, constitue une condition de la nullité des affranchissements *in fraudem creditorum*, nullité appuyée sur des motifs pareils à ceux qui se tirent des affranchissements *in fraudem patroni*. Et, puisque le patron n'est pas tenu de démontrer le *consilium* dans les actes faits *mortis causa*, il doit, *a contrario*, le démontrer dans les actes entre-vifs. Il y a bien aussi à tenir compte, et peut-être est-ce pourquoi la disposition de la loi *Ælia Sentia* est si concise, du sens étymologique de « *fraus* ». Est-il besoin d'ajouter, que, par *damnum*, il faut entendre ici la diminution de la « *pars bonorum patrono debita* », diminution qui s'appelle aussi *eventus damni* ou bien *eventus*, le *consilium fraudis* étant la conscience que le maître de l'esclave a de cette réduction au jour de l'affranchissement ? Le maître insolvable peut-il, au préjudice de son propre patron, affranchir son esclave, en l'instituant héritier ? Probablement oui, encore à cause de l'analogie qui existe entre ce cas et celui où l'affranchissement est fait au préjudice des créanciers. Mais il n'y a pas de textes qui puissent servir à décider la question.

CHAPITRE IX

Les droits des créanciers du maître : la loi *Ælia Sentia* interdit l'affranchissement *in fraudem creditorum*.

L'édit du Préteur. — La loi Ælia Sentia. — Le damnum. — Le consilium fraudis. — Qui peut invoquer la nullité de l'affranchissement. — Dans quel délai il faut faire valoir la nullité — L'affranchissement testamentaire de l'esclave n'est pas nul, si l'esclave est institué héritier. — L'affranchissement fait par un pérégrin in fraudem creditorum est nul.

L'édit du Préteur n'annulait pas, ne pouvait pas annuler, les affranchissements. La liberté, une fois donnée, l'était irrévocablement, et il y avait là un principe fondamental, qu'une loi seule pouvait changer.

Gaius et Ulpien appliquent à l'affranchissement *in fraudem creditorum* les mêmes expressions vigoureuses qu'à l'affranchissement *in fraudem patroni*. « *Is, qui in fraudem creditorum..... manumittit, nihil agit, quia lex Ælia Sentia impedit liberta-*

tem » (1). « *Eadem lex in fraudem creditorum... manumittere prohibet* » (2). Justinien (3) s'approprie les termes mêmes dont s'est servi Gaius pour exprimer l'inefficacité de l'affranchissement à l'encontre des créanciers. Ici encore, il faut se demander ce qui est impliqué dans l'idée de *fraus*. On peut répondre d'abord, et pour tous les cas : un *eventus damni* ou *eventus* ou *damnum*, c'est-à-dire un préjudice.

Le préjudice existe, lorsque l'affranchissement cause ou augmente l'insolvabilité du maître.

Que veut la loi *Ælia Sentia* ? Que les créanciers soient désintéressés. Exige-t-elle l'exécution même des obligations telles qu'elles ont été prises ? En aucune façon. Ainsi, supposé que le maître de l'esclave l'ait promis et le doive à un tiers, et qu'au lieu de livrer au tiers l'esclave, il accorde à celui-ci la liberté, l'affranchissement sera-t-il nul en vertu de la loi *Ælia Sentia* ? Il sera valable, si le *manumissor* conserve le moyen de payer des dommages-intérêts au créancier. L'affranchissement ne sera nul que si le maître est devenu insolvable.

Mais comment prouver que l'affranchissement nuit aux créanciers ? En faisant la vente en bloc de la totalité des biens du débiteur. De cette *bonorum venditio* résulte la connaissance de l'insolvabilité ou de la

(1) Gaius, I, 37.

(2) Ulpien, I, 15.

(3) I, 6, pr.

solvabilité du débiteur, et, par conséquent, de la nullité ou de la validité de l'affranchissement.

On trouve la même définition du préjudice, et dans Gaius (1), et dans Justinien : « *In fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est, vel, datis libertatibus, desiturus est solvendo esse* » (2).

L'affranchissement vaut-il, si, un préjudice étant réellement causé aux créanciers, le débiteur ne l'a pas prévu, n'en a pas eu conscience, en donnant la liberté à l'esclave, c'est-à-dire si au *damnum* ne s'est pas joint le *consilium fraudis* ?

Les jurisconsultes ne pensèrent pas que la loi *Ælia Sentia* répondît clairement à cette question. Une controverse s'éleva, que Justinien résume en ces termes (3) : « *Prævaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant... Nunc intelligimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est, et consilio manumittentis, et ipsa re, eo quod bona non suffectura sunt creditoribus...* » Voilà donc dans quel sens on finit par interpréter la loi *Ælia Sentia*. Cette explication du mot *fraus* est bien conforme au principe énoncé par Papinien : « *Fraudis interpre-*

(1) L. 10, D., *Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt*, XL, 9.

(2) I, 6, 3.

(3) I, 6, 3.

tatio semper in jure civili, non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque, desideratur » (1).

Quelle attitude Gaius avait-il prise dans ce débat ? On a cru apercevoir, dans un fragment de ses œuvres, inséré au Digeste (2), la preuve qu'il tenait pour la nécessité du *consilium*. Ce n'est pas du tout la pensée que révèle la lecture de ce fragment. Gaius y rappelle, qu'en notre matière il faut examiner, quelle était la fortune du *manumissor* au moment de sa mort. Puis il note les observations suivantes : Julien suit cette idée de près ; il va jusqu'à réputer nulle la disposition testamentaire ainsi libellée : « *Quam res alienum solutum erit, Stichus liber esto* » ; or Sabinus, comme Cassius, et Julien lui-même, ne découvrent de « *fraus* » que là où il y a un *consilium fraudis*, et, le *consilium* ici n'existant pas, l'affranchissement dans le système, non point de Gaius, qui se contente de relever un faux raisonnement, mais de Julien, de Sabinus, de Cassius, est valable. L'opinion de Gaius n'est donc pas saisissable dans ce fragment ; elle l'est dans celui duquel nous avons tiré la définition du préjudice (3). Gaius la commente, et la justifie. Les hommes, dit-il en substance, se font illusion bien souvent sur leur fortune ; ils ont, loin d'eux, au-delà des mers, des affaires qu'ils ne surveillent pas eux-mêmes ; ils subissent des

(1) L. 79, D., *De reg. jur.*, L, 17.

(2) L. 57, *De manumissis testamento*, XL, 4.

(3) L. 10, D., *Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt*, XL, 9.

pertes à leur insu, « *et manumittendo sine fraudis consilio indulgent servis suis libertatem* » ; or il admet, dans ce cas, que l'affranchissement a lieu *in fraudem creditorum*, l'insolvabilité du débiteur en naissant ou s'en accroissant. En d'autres termes, Gaius n'exige pas le *consilium*.

Le système qui triompha, et qui consiste à faire dépendre la nullité, non pas seulement du *damnum*, mais aussi du *consilium fraudis*, doit-il être appliqué aux affranchissements testamentaires ? Non, semble-t-il, car les legs ne peuvent jamais être opposés aux créanciers. Et, pourtant, la plupart des jurisconsultes romains paraissent bien avoir traité, en cela, les affranchissements testamentaires comme les affranchissements entre vifs. C'est de la liberté donnée par un testateur, qu'il s'agit dans le fragment analysé ci-dessus (1), où Gaius critique une décision de Julien. Nous y avons lu, que, Julien, d'accord avec Sabinus et Cassius, ne se contente pas du *damnum*, mais veut y joindre le *consilium manumittentis*, « *manumittentis* » sans aucune distinction de la nature de l'affranchissement.

Lorsque la nullité de l'affranchissement est constante, qui peut l'invoquer ?

Des créanciers, des créanciers seuls, mais non pas tous ; ceux-là seulement qui avaient des droits lors de l'affranchissement.

(1) L. 57, D., *De manumissis testamento*, XL, 4

Le *consilium fraudis* n'a pas pu atteindre les autres créanciers. Voici l'espèce que présente Julien (1) : un débiteur, qui se sait insolvable, fait un affranchissement testamentaire ; il rembourse son créancier ; puis il meurt, laissant une nouvelle dette ; l'affranchissement est valable : « *Si quidem creditor, cujus fraudandi consilium initum erat, non fraudatur, adversus eum, qui fraudatur, consilium initum non est* ». Paul complète cette doctrine : l'esclave a la liberté, à moins que les fonds du second créancier n'aient servi à désintéresser l'ancien (2). Il semble que Papien (3) ait tenu l'affranchissement pour nul, toutes les fois qu'il y avait des créanciers, anciens ou nouveaux : « *In fraudem creditorum testamento datæ libertates, prioribus creditoribus dimissis, propter novos creditores irritæ sunt* ».

Si les créanciers n'agissent pas, l'affranchissement a son effet. Le débiteur ne peut pas l'attaquer. La nullité n'en est établie par la loi *Ælia Sentia* que dans l'intérêt des créanciers.

Mais si, le débiteur étant mort, son héritier est solvable ? L'affranchissement demeure nul. C'est la doctrine de Julien et de Gaius (4) : elle était généralement admise. Dans le sens contraire, disait Gaius, « *sunt qui-*

(1) L. 15, D., *Quæ in fraudem credit.*, XLII, 8.

(2) L. 16, D., *Quæ in fraudem credit.*, XLII, 8.

(3) L. 25, D., *Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt*, XL, 9.

(4) L. 5, pr., D., *Qui et a quibus manum.*, XL, 9 ; L. 57, D., *De manum. testam.*, XL, 4.

dam, qui, quum heres locuples existeret, tale esse crediderunt, quale si ipse testator, adauctis postea facultatibus, decessisset ». On ne s'arrêta pas à cette solvabilité posthume du testateur. On aima mieux le parti, d'ailleurs conforme aux principes de la matière, qui ne détournait pas l'héritier solvable d'une adition, avantageuse pour les créanciers, et vue avec faveur par la loi. Pour la faciliter, en effet, par une pleine sécurité procurée à l'héritier, la loi veut que le préjudice causé par les affranchissements testamentaires s'estime, non au jour du décès du maître, mais au jour de l'adition. « *Si mortis tempore solvendo sit hereditas, si tamen, quum aditur, desierit esse solvendo, libertas a testatore in fraudem creditorum relictā non competet ; nam, sicut aucta hereditas prodest libertatibus, ita nocet diminuta* » (1).

Dans quel délai faut-il faire valoir la nullité ?

Il y a, sur ce point, une controverse. On affirme, ou que le délai est d'une année utile à partir de la *bonorum venditio*, ou qu'il n'y a pas de délai, c'est-à-dire que le droit des créanciers est perpétuel.

Les créanciers ont une année utile, à la suite de la *bonorum venditio*, pour attaquer les actes de leur débiteur, en général (2). Probablement, ce délai a été fixé avant l'adoption de la loi *Ælia Sentia*, et on ne

(1) L. 18, D., *Qui et a quibus manum.*, XL, 9.

(2) L. 6, § 14, D., *Quæ in fraudem cred.*, XLII, 8.

voit pas, dans les textes, qu'elle l'ait modifié pour ce qui touche les affranchissements.

Le droit commun, réplique-t-on, admet une exception inhérente à la nature des choses. L'affranchissement fait *in fraudem creditorum* est absolument nul. Il n'existe pas. Qu'est-ce que peuvent demander les créanciers ? Non pas qu'il soit révoqué, car c'est inutile, mais qu'on en reconnaisse la non-existence. Un laps de temps ne peut pas valider un affranchissement, qui n'est pas.

Nous croyons qu'il convient de se rallier à une opinion plus humaine. Elle s'autorise d'un texte emprunté à un commentaire de la loi *Ælia Sentia*, le commentaire qu'en avait fait Paul. Ce texte vise un débiteur du fisc. On allègue qu'il contient une décision, peut-être gracieuse, au moins particulière. Mais la réponse d'Ariston, car c'est une réponse d'Ariston que Paul nous transmet, paraît bien fondée sur un principe, et sur un principe général. « *Aristo respondit, a debitore fisci, qui solvendo non erat, manumissum ita revocari in servitutem debere, si non diu in libertate fuisset, id est non minus decennio* » (1). Si cette longue possession de la liberté est opposable au fisc, pourquoi ne le serait-elle pas à un autre créancier ?

Nous objectera-t-on la Constitution de Dioclétien (2),

(1) L. 16, § 3, *Qui et a quib. manum.*, XL, 9.

(2) L. 2, C., *De præscript. long. temp.*, VII, 22.

d'après laquelle la liberté de l'esclave ne peut plus être attaquée, lorsqu'il en a joui de bonne foi, mais pendant vingt ans ? « *Favor enim libertati debitus et salubris jampridem ratio suavit, ut his, qui bona fide in possessione libertatis per viginti annorum spatium sine interpellatione morati essent, præscriptio adversus inquietudinem status eorum prodesse debeat, ut et liberi et cives Romani fiant* ». Nous répondrons, que le point de départ de Dioclétien, comme le nôtre, est la longue possession de la liberté (*longo tempore obtenta possessio*) ; que, dans une précédente Constitution (1), il se sert du mot « *diu* » aussi bien que Paul et qu'Ariston ; qu'il ne distingue pas le fisc des autres créanciers.

Paul, dans le texte que nous venons de citer (2), considère l'esclave comme réellement *in libertate*, tant que les créanciers n'invoquent pas la nullité de l'affranchissement. Si l'action des créanciers aboutit, l'esclave rentre en servitude, « *revocatur in servitutem* ». En cela, il diffère du *statuliber*, à qui, d'ailleurs, il est forcément assimilé, son affranchissement étant soumis à une condition tacite (3).

L'affranchissement testamentaire de l'esclave n'est pas nul, si l'esclave est institué héritier. C'est le cas exceptionnel que nous connaissons déjà. Nous n'avons,

(1) L. I, C., *De præscript. long. temp.*, VII, 22.

(2) L. 16, § 3, *Qui et a quibus manum.*, XL, 9.

(3) L. I, § 1, D., *De Statul.*, XL, 7.

au reste, qu'à nous reporter aux explications insérées à la fin du chapitre V, à propos des déditices. « *Licet domino, qui solvendo non est*, dit Justinien (1), *testamento servum suum cum libertate heredem instituere, ut fiat liber heresque ei solus et necessarius... Idque eadem lege Ælia Sentia provisum est et recte* ». Pour Justinien, cette grave dérogation aux règles générales du droit est fondée sur un double motif : l'esclave héritier désintéressera les créanciers ; s'il ne les désintéresse pas, les biens du maître seront vendus, mais sous le nom de l'esclave, et la réputation du maître restera intacte.

L'affranchissement fait par un pérégrin *in fraudem creditorum* est nul. La loi Ælia Sentia, loi toute nationale, toute romaine, obligeait-elle, en cette matière du droit des créanciers, les pérégrins ? Probablement non, dans la pensée de ses auteurs. Au moins la lettre de la loi pouvait-elle prêter à la discussion. Car le Sénat, sous Adrien, fut appelé à examiner si elle s'appliquait aux étrangers. Il déclara que les pérégrins n'avaient pas, plutôt que les Romains, le droit d'affranchir des esclaves *in fraudem creditorum*. « *In summa sciendum est*, lisons nous dans Gaius (2), *cum lege Ælia Sentia cautum sit, ut, qui creditorum fraudandorum causa manumissi sint, liberi non*

(1) I, 6, 1.

(2) I. 47.

*fiant, etiam hoc ad peregrinos pertinere, quia senatus
ita censuit ex auctoritate divi Hadriani ; cetera
vero jura ejus legis ad peregrinos non pertinere ».*

CHAPITRE X

L'ingratitude de l'affranchi; elle est réprimée par la loi *Ælia Sentia*.

Comment la loi Ælia Sentia devint nécessaire. — La loi Ælia Sentia punit l'affranchi ingrat. — La loi Ælia Sentia, tout en munissant d'une sanction le droit du maître, assure la liberté de l'esclave, et la délimite.

Primitivement, l'affranchi, bien que soumis aux *jura patronatus*, n'avait à craindre aucune peine, s'il manquait à ses devoirs envers son patron. Les mœurs, il est vrai, suppléaient à ce défaut d'une sanction légale. L'affranchissement, qui se préparait par une longue expérience des qualités de l'esclave, souvent né dans la maison du maître, était presque toujours la récompense de services réels. L'affranchi lui-même se sentait attaché au patron, à la famille du patron, et la reconnaissance ne lui coûtait pas.

Plus tard, le changement des idées et des mœurs, l'avilissement de l'esclave, son origine étrangère, la dureté du maître, éloignèrent l'un de l'autre le patron et l'affranchi. *L'obsequium* commença à tomber en désuétude. Le législateur dut intervenir.

Nous ne trouvons pas dans les jurisconsultes l'indication de la peine portée contre l'affranchi par la loi *Ælia Sentia*. C'est Tacite qui nous la fait connaître : « *Quid enim aliud læso patrono concessum, quam ut, vicesimum ultra lapidem, in oram Campaniæ, libertum releget* » (1). La répression organisée par la loi *Ælia Sentia* n'était pas suffisante. Tacite nous dit, en effet, qu'au temps de Néron, l'insolence des affranchis leur faisait traiter leurs patrons à peine en égaux, qu'ils levaient la main sur eux, qu'ils riaient du châtiement dont nous venons de parler.

Nous ne savons guère autre chose du système pénal institué par la loi *Ælia Sentia*.

L'affranchi ingrat pouvait être accusé, même par le fils du patron. « *In lege Ælia Sentia filius heres proximus potest libertum paternum ut ingratum accusare, non etiam si heredi heres extiterit* » (2).

Paul définit ainsi l'ingratitude de l'affranchi : « *ingratus libertus est, qui patrono obsequium non præstat, vel res ejus filiorumve tutelam administrare detrectat* » (3).

La loi *Ælia Sentia*, tout en munissant d'une sanction le droit du maître, assure la liberté de l'affranchi, et la délimite.

Il semble bien que l'affranchi ait été naturellement

(1) *Annal.*, XIII, 26.

(2) L. 70, pr., D., *De verborum significatione*, L, 16.

(3) L. 19, D., *De jure patronatus*, XXXVII, 14.

débiteur, sans aucun serment, sans aucune promesse, d'*operæ officiales*, envers le patron. « *Natura* dit Ulpien (1), *operas patrono libertus debet* ». Le maître a soin, ordinairement, de faire confirmer cette obligation naturelle par le *jusjurandum liberti*. Nous lisons dans le commentaire de Paul sur la loi *Ælia Sentia*, que l'affranchi a le pouvoir (*in potestate liberti est*) de « *operas dare* » (2).

Le patron, d'après le même commentaire, peut faire jurer à son affranchie, qu'elle l'épousera. « *Si patronus libertam jurejurando adegerit, ut sibi nuberet, si quidem ducturus eam adegit, nihil contra legem fecisse videbitur* » (3). Ce serment est interdit, s'il ne doit servir qu'à empêcher le mariage de l'affranchie : « *Si vero non ducturus propter hoc solum adegit, ne alii nuberet, fraudem legi factam Julianus ait* » (4).

L'affranchi a la liberté inaliénable de se marier et d'élever ses enfants. C'est ce qui résulte, et du texte que nous venons de citer, et des textes suivants, dont le premier est tiré aussi du commentaire de Paul sur la loi *Ælia Sentia* : « *Adigere jurejurando, ne nubat liberta, vel liberos tollat, intelligitur etiam is, qui*

(1) L. 26, § 12, D., XII, 6.

(2) L. 6, § 1, D., *De jure patronatus*, XXXVII, 14.

(3) L. 6, § 3, D., *De jure patronatus*, XXXVII, 14.

(4) L. 6, § 3, D., *De jure patronatus*, XXXVII, 14.

libertum jurare patitur » (1) ; « qui contra legem Æliam Sentiam ad jurandum libertum adegit, nihil juris habet, nec ipse, nec liberi ejus » (2).

(1) L. 6, pr., D., *De jure patronatus*, xxxvii, 14.

(2) L. 15, D., *De jure patronatus*. xxxvii, 14.

CHAPITRE XI

La loi *Ælia Sentia* et Justinien

*La déchéance de l'esclave. — L'âge de l'esclave. —
L'âge du maître. — Les droits du patron du maître.
— Les droits des créanciers du maître. — L'ingra-
titude de l'affranchi.*

La déchéance de l'esclave n'est plus prise en considération par Justinien. Depuis de longues années, il n'y avait plus de déditices : « *Pessima conditio jam ex multis temporibus in desuetudinem abiit* », dit Justinien dans les *Institutes* (1). En 530, il abolit leur condition : « *Dedititia conditio... sit penitus deleta, quia nec in usu esse reperimus, sed vanum nomen hujusmodi libertatis circumducitur* » (2). L'esclave, quelque peine qu'il ait subie, peut toujours acquérir le droit de cité.

Dans une Constitution de l'an 531, Justinien supprime les Latins Juniens. Il en restait fort peu : « *Latinorum... nomen non frequentabatur* » (3) ;

(1) I, 5, 3.

(2) L. unique, C., *De dedit. libert.*, VII.

(3) Inst. I, 5, 3.

« *si quidem liberti... adhuc vivunt, nihil ex hac lege innovetur* » (1). Entre 212 et 217, Caracalla avait accordé le droit de cité à tous les habitants libres de l'empire, et, parmi eux, à tous les Latins d'alors : « *In orbe Romano qui sunt*, dit Ulpien (2), *cives Romani effecti sunt* ». Il est présumable, que, par la suite, le *consilium* consentait presque toujours à reconnaître, à la demande du maître de l'esclave âgé de moins de trente ans, l'existence d'une cause légitime d'affranchissement. Les mœurs, comme la Constitution de Caracalla, avaient ainsi effacé à peu près la disposition de la loi *Ælia Sentia*, touchant l'âge de l'esclave. Justinien l'effaça tout à fait, sans même nommer la loi *Ælia Sentia*, en abolissant pour l'avenir la loi *Junia* et la condition du Latin Junien. Il s'applaudit de cette réforme, dans les *Institutes* (3) : « *Latinos Junianos... alia constitutione* (4)... *correximus, quæ inter imperiales radiat sanctiones, et omnes libertos, nullo... ætatis manumissi... discrimine habito, sicuti antea observabatur, civitate Romana donavimus* ».

La loi *Ælia Sentia* conserve son effet, même sous Justinien, en ce qui concerne l'âge du maître, lorsqu'il s'agit des affranchissements entre vifs. Avant

(1) L. unique, C., VII, 6.

(2) L. 17., D., *De statu hominum*, I, 5 ; voir aussi Dion Cassius, LXXVII, 9.

(3) I, 5, 3.

(4) C., VII, 6.

d'avoir vingt ans, le maître ne peut donner entre vifs la liberté à son esclave qu'avec un motif légal, approuvé par un *consilium*. Justinien exige l'emploi de la vindicte (1), qu'il croit, à tort, imposé par la loi *Ælia Sentia* pour la validité de toute espèce d'affranchissements. Il oublie que cette loi concédait la *libertas latina* à l'esclave affranchi *inter amicos* en vertu d'une *justa causa* admise par le Conseil (2), et que, dans son propre droit, ce mode conduit à la cité comme la vindicte.

Quant aux affranchissements testamentaires, Justinien innove. Gaius avait observé (3), qu'un maître, à quatorze ans, pouvait disposer de son esclave dans un testament, mais que la loi *Ælia Sentia* lui refusait le droit de l'affranchir : remarque dont Justinien s'empare, pour en faire sortir une réforme, fautive d'avoir présente à l'esprit la politique d'Auguste. Justinien permet d'abord les affranchissements aux maîtres qui ont dix-sept ans (4) : c'est, note-t-il, l'âge auquel on peut *postulare*. Puis, en 544 (5), il décide, que les maîtres auront, à quatorze ans, la capacité d'affranchir leurs esclaves, comme ils ont alors celle de tester.

Justinien n'interdit nulle part l'affranchissement *in fraudem patroni*. Il ne l'interdit pas dans le titre des

(1) Just., I, 6, 4.

(2) Gaius. I, 41.

(3) I, 40.

(4) Just., I, 6, 7.

(5) Novelle 119, chap. 2.

Institutes (1), où il traite de l'affranchissement *in fraudem creditorum*. On doit donc tenir pour abrogée de son temps la disposition de la loi *Ælia Sentia*, qui sauvegardait les droits du patron du maître.

Justinien accorde aux créanciers du maître les mêmes droits que la loi *Ælia Sentia* : « *is, qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem* (2) ». Il rappelle, qu'on a disputé sur les conditions de la « *fraus* », et il y aperçoit, d'accord avec les jurisconsultes dont la pensée a prévalu, et le « *damnum* », et l'« *animus fraudandi* » ; mais il invoque, à l'appui de son opinion, le motif pour lequel Gaius se contentait du « *damnum* », savoir : l'ignorance des maîtres sur leur propre solvabilité.

L'ingratitude de l'affranchi fut réprimée, en premier lieu, par la loi *Ælia Sentia*, puis par des lois plus sévères. Justinien ne les abroge pas. Il laisse subsister le principe affirmé, pour la première fois, par la loi *Ælia Sentia*. Il n'oublie pas dans les *Institutes* (3) les « *liberti ut ingrati circa patronos condemnati* ».

(1) I, 6, pr.

(2) I, 6, pr.

(3) I, 16, 1.

CHAPITRE XII

Conclusion

La portée de la loi *Ælia Sentia* est grande.

La loi *Ælia Sentia* exclut à jamais de la Cité les hommes, dont la dignité n'est pas intacte : première et notable sélection.

Elle exclut momentanément de la Cité les jeunes, les inexpérimentés, ceux qu'on ne connaît pas, qui ne se connaissent pas eux-mêmes : elle tient aussi à l'écart plus de la moitié des esclaves, les esclaves qui font courir le plus de risques à l'État.

A plus d'un tiers des autres, à ceux dont les maîtres ne sont pas encore parvenus à l'âge du plein discernement, elle refuse même la liberté.

Elle sauvegarde les droits des patrons.

Elle sauvegarde les droits des créanciers.

Elle réprime l'ingratitude des affranchis, dont elle a soin, d'ailleurs, de délimiter la liberté.

Elle retarde, au moins en apparence, la réhabilitation de la race, toujours renaissante, des vaincus.

Mais l'état du monde en l'an 4, et la nécessité de consolider la puissance Romaine, qui avait alors la

garde de la civilisation, imposaient à un politique clairvoyant, tel qu'Auguste, les principes de cette grande loi, qui resta en vigueur pendant quelques siècles.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE PREMIER

<i>De la multitude des esclaves à Rome.....</i>	5
---	---

CHAPITRE II

Les affranchissements

Modes anciens. — Innovation.....	8
----------------------------------	---

CHAPITRE III

Auguste et les lois Ælia Sentia, Fufia Caninia, et Junia Norbana

Les idées d'Auguste. — L'œuvre d'Auguste. — Les dates et le domaine des lois Ælia Sentia, Fufia Caninia, et Junia Norbana.....	11
--	----

CHAPITRE IV

La loi Ælia Sentia est antérieure à la loi Junia Norbana

Controverse. — La loi Junia Norbana n'est pas de l'an 83 avant notre ère. — Elle ne se compose pas de deux lois, l'une de l'an 26, et l'autre de l'an 25, avant notre ère. — Elle est de l'an 19 après Jésus-Christ, et, par conséquent, postérieure à la loi Ælia Sentia.....	16
--	----

CHAPITRE V

La déchéance de l'esclave : la loi Ælia Sentia institue la classe des affranchis déditices

La déchéance de l'esclave. — Les pérégrins déditices. — Les affranchis déditices. — Les enfants des déditices. — Dans un cas, l'affranchissement assure la qualité de citoyen Romain à l'esclave qui devrait être déditice.....	27
---	----

CHAPITRE VI

L'âge de l'esclave : la loi Ælia Sentia restreint les effets de l'affranchissement de l'esclave qui n'a pas trente ans

L'affranchissement postérieur à la loi Ælia Sentia, ne donne pas, en principe, le droit de cité à l'esclave, qui n'a pas trente ans. —	
--	--

L'affranchissement, postérieur à la loi *Ælia Sentia*, ne procure à l'esclave, âgé de moins de trente ans, que la liberté, avec le droit de faire la *causæ probatio*. — La *causæ probatio*. — L'affranchissement, postérieur à la loi *Ælia Sentia*, ne confère à l'esclave, âgé de moins de trente ans, la qualité de citoyen Romain que dans deux cas particuliers. — Premier cas : affranchissement par la vindicte, avec une cause légitime approuvée par un *consilium*. — Second cas : affranchissement testamentaire, en cas d'insolvabilité du maître. — Revue de la condition assurée par la loi *Ælia Sentia* à l'affranchi, âgé de moins de trente ans, qui ne devient pas citoyen Romain..... 35

CHAPITRE VII

L'âge du maître : la loi Ælia Sentia interdit l'affranchissement au maître qui n'a pas vingt ans

La règle est que l'affranchissement, fait par un maître âgé de moins de vingt ans, n'a aucun effet. — Deux exceptions apportées à la règle. — L'affranchissement est permis, lorsqu'il y a une *justa causa* approuvée par un *consilium* ; mais, dans ce cas même, l'affranchi ne devient citoyen Romain que si la vindicte est employée. — L'esclave est valablement affranchi et institué héritier dans le testament du maître insolvable..... 43

CHAPITRE VIII

Les droits du patron du maître : la loi Ælia Sentia interdit l'affranchissement en fraude des droits du patron du maître

Avant la loi *Ælia Sentia*. — La loi *Ælia Sentia*..... 47

CHAPITRE IX

Les droits des créanciers du maître : la loi Ælia Sentia interdit l'affranchissement in fraudem creditorum

L'Edit du Préteur. — La loi *Ælia Sentia*. — Le *damnum*. — Le *consilium fraudis*. — Qui peut invoquer la nullité de l'affranchissement. — Dans quel délai il faut faire valoir la nullité. — L'affranchissement testamentaire de l'esclave n'est pas nul, si l'esclave est institué héritier. — L'affranchissement fait par un pérégrin *in fraudem creditorum* est nul..... 50

CHAPITRE X

L'ingratitude de l'affranchi : elle est réprimée par la loi Ælia Sentia

Comment la loi Ælia Sentia devint nécessaire. — La loi Ælia Sentia punit l'affranchi ingrat. — Tout en munissant d'une sanction le droit du maître, elle assure la liberté de l'esclave, et la délimite..... 61

CHAPITRE XI

La loi Ælia Sentia et Justinien

La déchéance de l'esclave. — L'âge de l'esclave. — L'âge du maître. — Les droits du patron du maître. — Les droits des créanciers du maître. — L'ingratitude de l'affranchi..... 65

CHAPITRE XII

Conclusion 69

DROIT FRANÇAIS

ETUDE

SUR

LES REMPLOIS

dans tous les régimes matrimoniaux

ÉTUDE SUR LES REMPLOIS

dans tous les régimes matrimoniaux

CHAPITRE PREMIER

Les origines des remplois

Les remplois avant la réformation de la Coutume de Paris. — La nouvelle Coutume de Paris supplée au silence des conjoints. — Suites de cette innovation. — Les projets du Code Civil.

Les remplois, c'est-à-dire les acquisitions de propres faites, pendant le mariage, des deniers qui proviennent d'autres propres, n'étaient pas bien distingués, dans notre très ancien droit, des *récompenses* dues aux conjoints, dont les propres ont été aliénés, mais ne sont pas remplacés. Les remplois comme les récompenses eurent leur première origine dans les conventions des parties. Les deux idées se dégagèrent l'une de l'autre avec lenteur ; elles furent longtemps exprimées par le même mot « remplois » ; d'où une certaine obscurité dans les textes. « On disait, écrit Renusson (1), que, l'ancienne Coutume n'ordonnant point de *remploi*, et la femme n'en ayant point stipulé, ni par son contrat de mariage, ni par les contrats d'aliénation,

(1) *Traité des Propres*, chapitre IV, section III.

elle n'avait point de *récompense* à prétendre. Cela se jugeait ainsi, et c'était la jurisprudence de l'ancienne Coutume de Paris ; il y en a plusieurs arrêts ; il y a celui qui fut rendu contre les héritiers d'un mari, qui fut prononcé en robes rouges le 4 août 1574 ».

Une partie des Coutumes réglaient les conditions dans lesquelles les récompenses et les emplois pouvaient être stipulés.

Ainsi il résulte de la Coutume du Bourbonnais (1) rédigée en 1520, que « la femme peut vendre, donner, échanger, et autrement aliéner ses héritages, de l'autorité de son mari, sans en être *récompensée* ; » que. « si le mari ou la femme, de l'autorité de son mari, vend son héritage, constant leur mariage, *pour employer en autre héritage au profit du vendeur*, affirmation faite lors de la dite vente ou auparavant par devant le juge compétent ou par devant deux notaires, et, tôt, après la dite vente, les dits deniers ou partie d'iceux sont employés en acquisition d'autres héritages, en déclarant et affirmant lors de la dite acquisition que c'est des deniers procédant de la dite première vendition, en ce cas l'héritage acquis des dits deniers est *subrogé*, et de même nature qu'était celui qui a été vendu, jusques à la concurrence de la somme contenue en la première vendition, et le semblable est observé en deniers baillés pour la dot de la dite femme qui doivent être

(1) Articles 239 et 240.

convertis en héritage, car l'héritage qui sera déclaré par le mari, faisant la dite acquisition, être acquis des dits deniers est propre à la femme ».

D'après la Coutume de Blois (1), en 1523, un conjoint « peut accorder » à son conjoint qui vend un héritage propre, que le prix soit « employé en héritage qui sera le propre » du vendeur ou prélevé « par le dit vendeur ou ses hoirs après le décès de l'un d'iceux », et si l'emploi « en propre héritage du vendeur » n'a pas été stipulé lors de la vente, « néanmoins *pourront* récompenser l'un l'autre, si bon leur semble, en héritage ou autre chose de pareille valeur, et non plus, et sans fraude ».

Dans le Nivernais, en 1534 (2), on obtient que l'héritage acquis soit « réputé propre » à l'époux vendeur, « en prouvant » que ce sont « les mêmes deniers », (les deniers provenus de l'aliénation,) « ou montrant que, lors de l'aliénation, les dits mariés ou l'un d'eux aliénant ont affirmé par devant le juge ordinaire..... qu'icelle acquisition a été faite pour employer en autre héritage, et en montrant aussi que, lors de l'acquisition, l'acquérant a affirmé par devant le juge..... qu'elle a été faite des deniers procédant de l'aliénation susdite..... ».

A Sens, en 1555 (3), l'héritage acheté en remploi est

(1) Articles 164 et 165.

(2) Coutume, article 31, chapitre 23.

(3) Articles 177 et 285 de la Coutume.

« réputé conquêt, s'il n'est *expressément* dit et protesté, en faisant la première vendition, que les deniers seront employés en autre héritage, qui sortira pareille nature et condition que l'héritage vendu, *ou que l'autre des dits mariés le consente sans fraude.* » Si, lors de la vente ou auparavant, le mari promet à sa femme « la récompense *ou lui achète autant d'héritage, telle promesse et compensation* vaut. Mais si, par long trait de temps après, il faisait la dite promesse, elle ne préjudiciera en rien à ses héritiers. »

En 1560, la Coutume de Melun (1) impose aux époux l'obligation de déclarer « devant notaire ou juge compétent » que « les deniers seront convertis en autre héritage propre au lieu du dit héritage vendu, et qu'autrement ne les vendraient »; après la vente du premier héritage, « telles paroles.... n'auraient aucun effet, » et l'héritage acheté serait « réputé conquêt ».

Il y a une grande analogie, et c'est tout naturel, entre la Coutume d'Auxerre, de 1561 (2), et celle de Sens, que nous avons analysée.

Si deux conjoints vendent leurs héritages propres, statue la Coutume de Sedan (3) publiée en 1568, « à la charge que les deniers d'icelle vendition, seront remployés en acquisition d'autres héritages de pareille nature, le dit remploi vaudra, *pourvu qu'ainsi soit*

(1) Article 125.

(2) Article 199.

(3) Article 107.

dit et écrit par le contrat de vendition, ou que mention et protestation soit faite par l'acquisition ; et, si le remploi n'était pas fait constant le mariage des dits conjoints, celui duquel l'héritage aura été vendu à la charge du dit remploi ou ses héritiers prendront, avant part.... les deniers du dit remploi.... »

La Coutume de Bar, en 1579, vise un remploi ordonné par le contrat de mariage, ou à la façon de la Coutume de Sens, consenti après l'aliénation : « deniers provenant (1) de vente d'héritage propre à l'un des conjoints sont réputés meubles, et les acquêts faits d'iceux communs entre eux, *s'il n'y a traité de mariage au contraire*, ou protestation expresse par la première vendition que les deniers seront remployés en autres acquêts qui seront de pareille nature que la chose vendue, *ou que l'autre des conjoints le consente sans fraude.* »

D'autres Coutumes étaient muettes à l'endroit des remplois, par exemple celle de Paris et celle d'Orléans.

Aussi disait-on couramment « le mari doit se relever trois fois pour vendre le bien de sa femme » (2).

Un pareil état de choses ne pouvait pas durer : il choquait l'esprit français.

Dumoulin écrivit sur la Coutume du Bourbon-

(1) Article 83.

(2) Loisel, *Institutes Coutumières*, livre I, titre II, règle XIV.

nais (1), et sur la Coutume de Blois (2), à propos, non pas des remplois proprement dits, mais des récompenses, dont à son sens le mari avait le droit de se reconnaître débiteur, quoiqu'il n'y eût aucune réserve sur ce point, ni dans le contrat de mariage, ni dans le contrat d'aliénation : « *Maritus poterit ex intervallo bonam fidem agnoscere, etiam in testamento.* »

La jurisprudence, d'ailleurs, ne refusait pas la récompense dans tous les cas. « La distinction que l'on y avait apportée par les anciens arrêts, même avant la Coutume réformée, c'était que, le remploi n'étant point stipulé, était néanmoins dû des rentes rachetées qui étaient des propres de la femme, le rachat en étant *nécessaire et forcé*, qui se recevait de la seule volonté du mari... » (3).

La nouvelle Coutume de Paris, la Coutume réformée en 1580, supplée au silence des conjoints : elle veut que les récompenses soient dues de plein droit, sans stipulation. « Si, durant le mariage (4), est vendu aucun héritage ou rente propre appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints par mariage, ou si la dite rente est rachetée, le prix de la vente ou rachat est repris sur les biens de la communauté au profit de celui auquel appartenait l'héritage ou rente, encore

(1) Article 239.

(2) Article 164.

(3) Louet, tome II, page 478, édition de 1712.

(4) Art. 232.

qu'en vendant n'eût été convenu du remploi ou récompense, et qu'il n'y aie eu aucune déclaration sur ce fait. »

Une disposition semblable fut insérée dans la Coutume d'Orléans, et dans celle de Calais, en 1583, « ce qui marqua, dit Renusson (1), qu'on en a voulu faire un droit commun. »

La jurisprudence refusa d'abord d'étendre le nouvel article, même aux Coutumes qui ne s'expliquaient pas sur les récompenses.

Puis on considéra, que « la matière avait été approfondie par les réformateurs..., que la Coutume de Paris devait servir de règle aux autres dans les choses auxquelles elles n'avaient point pourvu » (2). On reconnut aussi, au dire de Brodeau (3), « qu'en plusieurs provinces les peuples, *par un tacite consentement* », s'étaient « volontairement soumis à l'autorité et à l'équité de cet usage et prudente coutume..., la Coutume, qui est une mère provide et indulgente (4) suppléant ce qui est omis par les contractants. »

Les Coutumes qui, de même que celle de Paris, défendaient aux conjoints de « s'avantager », furent les premières dans lesquelles la jurisprudence fit entrer l'article nouveau, et elle finit par l'introduire dans les Coutumes qui ne contenaient pas de dispositions contraires.

(1) Traité des Propres chap. IV, sect. III, 4.

(2) Même Traité des Propres, même passage.

(3) Sur Louet, tome II, p. 481, édit. de 1712.

(4) P. 480.

Au terme de cette évolution, les récompenses sont dues à l'un et à l'autre époux, de plein droit. Elles ne sont pas dues, — et ici les remplois ont une base autre que la convention des conjoints —, « quand les deniers stipulés propres, ou ceux provenant des propres aliénés ou rentes propres rachetées, ont été employés par le mari en autre héritage, auquel cas ce nouvel héritage ou rente appartient à celui des conjoints pour qui le remploi y a été fait, et, par ce moyen, il n'a aucune reprise à faire. Mais, pour cela, il faut que la forme du remploi y ait été gardée » (1).

On commença par exiger, que les remplois fussent annoncés dans les contrats d'aliénation. Mais cette formalité, incompatible avec le principe des récompenses légales, disparut ; et Pothier pouvait écrire (2) : « Lorsque j'achète, durant la communauté, un héritage, avec déclaration que c'est des deniers.... qui provenaient du prix de la vente... d'un héritage propre..., l'héritage acquis, avec cette déclaration,a.... la qualité de propre de communauté. »

Que trouvons-nous dans les projets du Code civil ?

Il n'y a rien, dans les deux premiers projets Cambacérès (1793 et 1794), qui concerne les remplois.

Dans le troisième projet Cambacérès (1796), on rencontre un article 294, très net, très significatif : « En

(1) Duplessis, sur la Coutume de Paris, Traité de la Communauté de biens, livre II, chapitre 4, section 2.

(2) Traité de la Communauté, n° 198.

cas d'aliénation de tout ou partie des biens non communs de l'épouse, l'époux est tenu au remploi. Il n'est dégagé que lorsque l'épouse a accepté l'objet acquis en remplacement. »

Le quatrième projet, le projet Jacqueminot (1799), contient une grande partie des dispositions qui sont entrées dans le Code, et, à ce titre, il convient de rapporter textuellement les articles 41, 42 et 43, où elles figurent :

« S'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des deux époux, et dont le prix ait été versé dans la communauté, le conjoint en a la reprise ou récompense sur la communauté, s'il n'en a pas été fait un remploi.

S'il a été fait un remploi, l'immeuble acquis appartient au conjoint du chef duquel l'aliénation a été faite, et cet immeuble demeure à ses risques ou à son bénéfice du jour du remploi.

Le remploi est censé fait à l'égard du mari, toutes les fois que, lors de l'acquisition, il a déclaré qu'elle était faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel, et pour lui tenir lieu de remploi.

La simple déclaration faite par le mari, que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme, et pour lui servir de remploi, ne suffit point, si le remploi n'a été formellement accepté

par la femme. L'immeuble ainsi acquis ne forme qu'un conquêt de communauté, et la femme, qui ne peut être forcée de le reprendre lors de la dissolution de la communauté, n'a pas non plus le droit de le réclamer comme sa propriété, sauf la récompense qui lui est due pour le prix de son immeuble. »

Ces articles étaient reproduits, sans aucun autre changement que la suppression du second paragraphe « S'il a été fait un emploi..... », dans le projet qui fut soumis à l'examen des tribunaux. On les remania, et le nouveau texte prit place dans le Code civil, dont il forma les articles 1433, 1434, et 1435 : les deux premiers des trois articles, sans avoir donné lieu à aucune observation, et l'article 1435, après qu'on eut expliqué au Conseil d'Etat dans la séance du 13 vendémiaire an XII (6 octobre 1803), pourquoi la femme n'est pas admise à accepter les emplois à la suite de la dissolution de la communauté.

CHAPITRE II.

La communauté légale et les remplois. — Les causes des remplois.

Les textes fondamentaux. — Discussion. — Les remplois des meubles sont permis comme les remplois des immeubles. — La tradition. — La doctrine. — Faits qui donnent lieu aux remplois. — En cas de destruction totale ou partielle d'un propre, l'indemnité d'assurance est susceptible de remploi. — Si un propre est donné en paiement d'une dette de la communauté, le remploi est possible.

Les causes des remplois sont indiquées sommairement dans l'article 1433. « S'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux, de même que si l'on s'est rédimé en argent de services fonciers dus à des héritages propres à l'un d'eux, et que le prix en ait été versé dans la communauté, le tout sans remploi, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire, soit de l'immeuble vendu, soit des services rachetés. »

Aux termes des articles 1434 et 1435, les remplois se font « des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble », qui appartenait au mari, ou « des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme ».

Les articles 1470 et 1493 visent « les biens personnels qui ne sont point entrés en communauté » ou « ceux qui ont été acquis en remploi », « le prix de ses immeubles (les immeubles de chaque époux) qui ont été aliénés pendant la communauté; et dont il n'a point été fait remploi », « les immeubles à elle appartenant (les immeubles de la femme renonçante) ou l'immeuble qui a été acquis en remploi », et « le prix de ses immeubles aliénés dont le remploi n'a pas été fait et accepté ».

D'après l'article 1595, « le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants,...

2° celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté. »

Il y a une remarque capitale à faire sur ces textes, c'est que, dans les articles 1433, 1434, 1435, et 1493, il est question seulement « d'immeubles », et que, dans les articles 1470 et 1595, il s'agit du remploi « des biens personnels qui ne sont point entrés en communauté », du remploi des « deniers » de la femme qui ne tombent pas en communauté.

Le sens de ces deux derniers articles n'est pas douteux : ils autorisent les remplois de meubles comme d'immeubles.

Objectera-t-on, que, par les mots « biens personnels qui ne sont point entrés en communauté », il faut entendre les immeubles ? Mais à quoi bon une périphrase de cette sorte, alors surtout que la loi, dans le paragraphe suivant du même article, désigne distinctement les « immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté, et dont il n'a point été fait remploi » ? Cette interprétation de l'article 1470 est corroborée par celle de l'article 1595, où les immeubles de la femme sont opposés, dans la même phrase, aux deniers qui lui appartiennent, et où le remploi des immeubles est permis aussi bien que le remploi des deniers, à la seule condition que ces immeubles ou ces deniers ne tombent pas dans la communauté, c'est-à-dire soient propres à l'un des deux conjoints. Et ce texte est applicable à la communauté légale, puisqu'il ne renferme aucune restriction.

S'agit-il là des deniers propres à la femme seule ? L'expression « cause légitime telle que... » est énonciative ; elle n'établit pas les principes des remplois, elle s'y réfère, et les principes sont les mêmes pour le mari que pour la femme, sauf quelques particularités expressément admises par le législateur.

Reste à savoir pourquoi c'est le remploi seul des

immeubles qui est visé dans les articles 1433, 1434, 1435, et 1493.

Cette fois, comme toujours, la loi est faite pour le plus grand nombre des cas. Or, le régime de la communauté légale compte ordinairement plus d'immeubles que de meubles propres, et, par conséquent, plus de remplois d'immeubles que de meubles. Tout naturellement, la loi s'est plutôt occupée des remplois les plus fréquents.

Il est possible même de penser que les auteurs du Code, arrivés au régime de la communauté légale, ont pris le terme d'« immeubles » dans le sens de « propres », parce que les propres, dans ce régime, sont presque toujours des immeubles. Ils ont d'ailleurs adopté les articles 1470 et 1595, dont la portée n'est pas niable.

Les rédacteurs du Code de Commerce ne se sont pas mépris sur ce point : « La femme, disent-ils dans l'article 558, reprendra pareillement les immeubles acquis par elle et en son nom *des deniers* provenant des dites successions et donations, pourvu que la déclaration d'emploi soit expressément stipulée au contrat d'acquisition, et que l'origine des deniers soit constatée par inventaire ou par tout autre acte authentique. »

La tradition ne prohibe pas les remplois des meubles.

Duplessis (1) admet les remplois de « deniers stipulés propres » ou provenant de tels propres vendus ou de telle rente propre rachetée ».

D'après Pothier (2), l'héritage acquis par le mari « de ses *deniers* stipulés propres ou provenus de son *propre* » lui demeure propre, pourvu qu'en faisant l'acquisition il déclare qu'elle lui tiendra lieu d'emploi de ses deniers.

Dans la jurisprudence, on peut constater quelques variations.

Les Cours d'appel reconnaissent ordinairement la validité des remplois de meubles (3). Deux fois, en 1846, elles la déniaient. Une Cour juge (4), que la loi n'autorise pas les conjoints « à se rendre propres des immeubles », en les achetant de deniers, propres à la vérité, mais qui ne proviennent pas de l'aliénation de droits immobiliers. Une autre Cour déclare (5), que le mari peut stipuler expressément dans son contrat de mariage le droit de faire emploi, en immeubles, de son mobilier exclu de la communauté, mais, qu'à défaut d'une clause de cette espèce, les acquisitions restent soumises à la règle établie par les articles 1401 et 1402.

La Cour de cassation n'est appelée à traiter la

(1) Traité de la communauté, livre II, chapitre 4, section 2.

(2) Introduction au Titre X de la Coutume d'Orléans.

(3) Toulouse, 27 mai 1834 ; Caen, 6 mai 1839 ; Paris, 9 juillet 1841 ; Bourges, 27 août 1853 ; Douai, 15 juin 1861.

(4) Douai, 2 avril 1846.

(5) Rennes, 12 décembre 1846.

question explicitement, que plus d'un demi siècle après la promulgation du Code civil.

Elle avait bien (1), à propos d'un contrat de mariage et d'un remploi antérieurs au Code, défini en quelques lignes les principes, dont elle se serait inspirée, si elle avait eu, dès lors, à juger une affaire régie par le Code même. En acquérant l'immeuble, le mari s'était empressé de déclarer, qu'il faisait un remploi des *deniers* propres à sa femme, soumise avec lui au régime de la communauté conformément à la coutume de Paris. Il existait, entre les mains du mari, des *deniers* de cette nature. Se fondant sur ces motifs, la Cour décidait, qu'elle n'aurait pas pu réputer l'acquisition faite pour le compte de la communauté.

On invoquait aussi et on continue à invoquer un autre arrêt de la même Cour (2), mais à tort, car il concerne uniquement la Coutume de Montfort l'Amaury.

La Cour de cassation aborde enfin notre question (3). Elle affirme, que les articles 1402 et 1434 s'appliquent seulement à la communauté légale, « qui ne reconnaît que des propres immobiliers » ; qu'ils ne s'appliquent pas à la communauté conventionnelle, dans laquelle les époux peuvent réaliser, à titre de propres, même leurs propres mobiliers ; que « rien ne s'oppose, dans

(1) 6 décembre 1819.

(2) 21 mars 1849.

(3) 16 novembre 1859.

ce cas, à ce que les deniers, formant ces propres fictifs créés par la volonté des parties, reçoivent un emploi en immeubles ; que décider le contraire serait porter atteinte à la liberté des conventions de mariage. » La Cour ajoute qu'une telle interprétation s'accorde avec les articles 1470 et 1595.

Corrigeons l'erreur contenue dans cet arrêt, reconnaissons qu'il peut y avoir dans la communauté légale des propres mobiliers, et nous pourrions appliquer, aux propres mobiliers que la loi elle-même a créés, le raisonnement très juste, que suggèrent à la Cour les propres mobiliers institués par la volonté des parties : rien ne s'oppose à ce que les deniers propres reçoivent un emploi en immeubles ; décider le contraire serait porter atteinte à la liberté des conventions.

Dix ans après (1), la Cour déclare que la loi permet de remployer une créance en un immeuble. Elle rappelle que, si les époux excluent de leur communauté leur mobilier, la communauté ainsi restreinte reste gouvernée par les règles ordinaires de la communauté légale. Et comment applique-t-elle ces règles, de la communauté légale, au cas qui lui est soumis ? L'opération, par laquelle le débiteur de l'un des époux lui cède des immeubles en paiement d'une créance propre, n'est pas un échange : c'est une vente. Le conjoint ne fait que payer avec sa créance, pour le compte de la

(1) 26 juillet 1869.

communauté, et sauf récompense, le prix des immeubles acquis, sans se procurer par là un emploi, « à moins qu'il ne le déclare expressément, » l'acceptation formelle de la femme étant d'ailleurs nécessaire lorsque la créance donnée en paiement lui appartient en propre.

Ainsi la Cour de cassation n'exige pour la validité du emploi de meubles que l'observation des formalités légales.

La jurisprudence, après quelques fluctuations, paraît donc aujourd'hui fixée.

La doctrine n'est pas sortie de la controverse, laquelle porte sur trois systèmes.

Premier système. — Le emploi des meubles n'est pas possible.

Les immeubles acquis par un mari des deniers, qui lui sont propres, parce qu'ils lui ont été donnés ou légués avec la déclaration qu'ils n'entreraient pas dans la communauté, ou parce qu'il se les est réservés propres dans le contrat de mariage, dépendent de la communauté; il n'y a là qu'un *emploi* de deniers; l'un des époux ne peut se faire des propres à sa volonté (1).

Lorsque les deniers propres ne proviennent pas de l'aliénation d'un propre immobilier, le emploi n'est pas possible. Le mot *emploi* « implique qu'un propre *immobilier* est remplacé par un autre propre *immo-*

(1) Duranton, tome XIV, n° 389.

bilier. » L'emploi de deniers propres en un immeuble ne peut procurer un propre au conjoint à qui les deniers appartiennent, qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi. Car l'immeuble acquis à titre onéreux est, en réalité, un conquêt. Or la fiction, par laquelle il serait propre, n'est pas consacrée par la loi. On s'appuie sur l'article 1434 qui admet la fiction du remploi. Mais, si on l'étendait à la fiction de l'emploi, on fonderait une fiction sur une fiction ; on créerait une « fiction que la loi ignore. »

Il y a une raison de la différence que la loi met entre les propres mobiliers et les propres immobiliers. Les droits respectifs de la communauté et des conjoints seraient modifiés par le remploi des deniers propres. Ils ne le sont pas par la subrogation d'un immeuble à un autre immeuble : l'état de choses, antérieur à l'aliénation, est tout simplement rétabli (1).

Second système. — Bugnet (2) et Dalloz (3) font une distinction entre le mari et la femme. Le remploi des meubles de la femme, aux termes de l'article 1595, est aussi légitime que celui de ses immeubles. Et, cet article ne permettant pas le remploi des meubles du mari, il s'ensuit que ce remploi demeure interdit.

Troisième système. — Le remploi des meubles est possible.

(1) M. Laurent, tome XXI, n° 363.

(2) Sur Pothier, n° 200.

(3) Répertoire, v° Contrat de mariage, n° 1478.

Ce système, que nous avons adopté, est celui de la plupart des jurisconsultes (1).

Il ne semble pas à Marcadé, qu'il faille distinguer les deniers qui sont propres parce qu'ils proviennent de l'aliénation d'un immeuble personnel, de ceux qui sont propres parce qu'ils ont été légués à la condition d'être exclus de la communauté. La nature des deniers lui paraît la même dans les deux cas. S'ils sont aussi bien propres dans un cas que dans l'autre, pourquoi ne serviraient-ils pas, dans un cas comme dans l'autre, à acheter un immeuble propre ? Il répute les deux cas identiques en somme, car, dans le premier, l'immeuble n'existe plus, et il ne reste qu'une somme d'argent comme dans le second.

MM. Rodière et Pont ajoutent qu'il n'y a pas de motif, pour traiter les conjoints avec plus de rigueur lorsqu'il s'agit de leurs propres mobiliers que lorsqu'il s'agit de leurs propres immobiliers. De quoi ils trouvent la preuve dans l'article 1470, dont ils jugent les dispositions susceptibles de suppléer, s'il est besoin, au silence gardé par le législateur dans les articles 1433 et suivants à propos du emploi des propres mobiliers.

(1) Toullier, XII, n° 356 ; Marcadé, sur les articles 1434 et 1435, IV ; Troplong, II, 1155 à 1557 ; Odier, I, 317 ; MM. Rodière et Pont, n° 679 ; MM. Aubry et Rau, § 507 ; M. Daniel de Folleville, Contrat pécuniaire de mariage, n° 259 bis ; M. Guilloñard, Contrat de mariage, n° 476.

Nous rejetons les deux premiers systèmes, parce qu'ils sont en désaccord avec les textes, qui concèdent les remplois de meubles comme d'immeubles, aussi bien au mari qu'à la femme.

Et, aux arguments que nous avons déjà présentés à l'appui du troisième système, nous joignons la remarque suivante.

Un cas très fréquent, très frappant, dans lequel on ne peut pas attribuer au mot « immeubles » un autre sens que celui de « propres », est prévu par l'article 1493, au titre même de la communauté légale. La femme renonçante reprend, quoi ? « Les immeubles à elle appartenant, lorsqu'ils existent en nature, ou l'immeuble qui a été acquis en remploi », et les indemnités qui lui sont dues, notamment « le prix de ses immeubles aliénés, dont le remploi n'a pas été fait et accepté. » Et les meubles propres, qui peuvent avoir une si grande valeur même sous le régime de la communauté légale, la femme n'aura-t-elle pas le droit de les reprendre ? La loi ne lui accorde pas ce droit expressément. Il n'est cependant personne qui ose le lui refuser, car personne n'hésite à interpréter le mot « immeubles » selon l'esprit du Code.

Quels sont, en définitive, les faits qui donnent lieu aux remplois ?

Nous en trouvons la synthèse dans quelques formules, dont se sert la loi.

Elle vise, au cours des articles 1433 et 1435, deux de ces faits : les ventes d'immeubles, les rachats de services fonciers.

Elle recourt, dans les articles 1434, 1470, 1493 et 1595, à un terme général, celui d'« aliénations », qui se passe de commentaires. Aliénations totales ou partielles, il n'importe : les textes ne les distinguent pas les unes des autres, et les remplois comprendront tous les « deniers », qui en seront « provenus ».

Mais un terme si compréhensif reste trop étroit. Les rédacteurs du Code, dans l'article 1595, finissent par dégager le fait essentiel, qui donne lieu aux remplois, à savoir : l'existence de deniers propres.

Nous avons deux cas particuliers à examiner.

En cas de destruction totale ou partielle d'un propre, l'indemnité d'assurance est-elle susceptible de remploi ?

Oui, car l'assurance est contractée, non pas pour le compte de la communauté, mais pour le compte du propriétaire, à qui on a assuré, non pas un bénéfice, mais la conservation de la valeur de son bien, et à qui seul, par conséquent, l'indemnité appartient.

C'est la communauté, réplique-t-on, qui a payé les cotisations et les primes.

Elle les a payées, comme usufruitière du propre. Elle aura, d'ailleurs, la jouissance du bien qui sera acquis en remploi. Le sinistre ne l'enrichira pas ; il ne lui fera rien perdre.

Il a été jugé (1), qu'en assurant l'immeuble de sa femme, le mari n'avait agi que comme administrateur de ses biens, comme son mandataire légal, pour elle, dans son intérêt propre, dans l'intérêt de sa chose propre, et qui, si cette chose était détruite, le montant de l'assurance devait en tenir lieu, et appartenir en propre à la femme.

Si un propre est donné en paiement d'une dette de la communauté, le remploi est-il possible ?

La difficulté vient de ce que la communauté n'encaisse pas de prix, pas de deniers. Et l'article 1433 exige le versement d'un prix, l'article 1434 et l'article 1435 ont en vue « les deniers provenus » de l'aliénation.

C'est à ces deux derniers articles, qu'il faut se référer : si, en aliénant son bien dans l'intérêt de la communauté, l'un des conjoints lui épargne une dépense, la communauté doit une indemnité à l'époux qui l'enrichit ; et rien ne l'empêche de s'en acquitter, par un remploi, dès qu'elle a des fonds disponibles ; car l'existence de ces fonds, à pénétrer les choses mêmes, est due à l'aliénation du propre ; ils en « proviennent ».

Une valeur est sortie des mains du conjoint propriétaire du bien aliéné. Cette valeur, où la retrouve-

(1) Arrêt de la Cour de Bordeaux, du 19 mars 1857, confirmant un jugement du tribunal de Confolens.

t-on, qui en a profité, qui s'en est enrichi ? C'est la communauté, et la communauté en reste débitrice envers le conjoint qui s'en est dessaisi. Les termes, dont la loi fait usage pour caractériser les causes des remplois, sont assez élastiques pour s'appliquer à ce cas.

CHAPITRE III

La communauté légale et les emplois (suite).

Du droit de faire les emplois.

Le droit du mari. — Le droit de la femme. — Les emplois in futurum. — La lettre de la loi. — L'esprit de la loi. — La cour de cassation et les cours d'appel. — Opinions des jurisconsultes.

Le mari peut laisser, dans la caisse commune, les deniers qui proviennent de son propre. Il peut, s'il le préfère, les appliquer à l'acquisition d'un autre propre, en un mot, les remployer.

Sa liberté, en cela, est entière ; elle n'est restreinte par aucun texte. Le emploi de son bien est, pour lui, purement facultatif.

Lorsqu'il s'agit des fonds provenant du propre de la femme, le mari conserve toute initiative. Il n'est soumis à aucune obligation de emploi. Il ne subit aucune contrainte, et c'est à son gré qu'il place ou ne place pas les fonds.

La femme, toutefois, n'est pas complètement dé-

sarmée. Elle n'a pas d'action, mais elle a un droit de *veto*.

Le mari, en effet, peut préparer le remploi. Il peut acheter un nouveau propre pour le compte de la femme. Il peut le payer ou promettre de le payer des deniers de la femme. Mais l'opération n'est pas définitive, tant que la femme ne l'a pas acceptée; et sa volonté est souveraine en cette matière. Elle n'est pas tenue de faire connaître les motifs de son refus. Elle use du droit fondamental de ne devenir propriétaire que s'il lui plaît. A supposer donc qu'elle n'agrée pas le remploi qui lui est proposé par son mari, le bien acquis dépend de la communauté.

Les points qui précèdent sont nettement fixés dans les articles 1433, 1434 et 1435.

Il nous reste une grande question à discuter.

Tous les faits, qui donnent lieu au remploi, peuvent, avons-nous vu, se ramener à un seul fait essentiel, l'existence de deniers propres à l'un des conjoints.

Mais ce fait doit-il précéder l'acquisition nouvelle? Ne suffit-il pas qu'une aliénation et qu'une acquisition soient opérées, n'importe l'ordre chronologique, l'aliénation avant l'acquisition, ou l'acquisition avant l'aliénation? En d'autres termes, les remplois *in futurum* sont-ils permis?

Parcourons les textes. Les auteurs du Code n'autorisent le prélèvement du prix, que s'il a « été versé

dans la communauté » (article 1433). Dans les articles 1434 et 1435, ils se contentent de l'expression « deniers provenus », qui indique une origine plutôt qu'un versement d'espèces.

Mais pourquoi ce passé « provenus », « deniers provenus » ? Ne faut-il pas qu'au jour de l'acquisition les deniers soient déjà « provenus », c'est-à-dire que l'aliénation soit accomplie, peut-être même que le prix en soit payé ?

On peut répondre que le langage du législateur n'est pas impératif ? On peut répondre aussi qu'il est susceptible de deux sens. Par les articles 1433, 1434 et 1435, pour le prélèvement du prix qui a « été versé dans la communauté », comme pour l'appréciation de la validité des remplois, à quelle époque est-on ordinairement placé ? A la dissolution de la communauté, et à cette époque l'aliénation a eu lieu, et les fonds en sont provenus ».

Voilà la lettre de la loi. En voici l'esprit.

Pourquoi la loi permet-elle les remplois ? Parce qu'elle veut assurer à chaque époux la conservation et l'exercice de son droit de propriété. Elle trouve bon qu'il y ait une caisse commune, un fonds commun. Mais elle n'oublie pas les dangers d'une indivision trop étendue, illimitée. Elle ne peut pas voir d'un mauvais œil les actes préliminaires, qui tendent à reconstituer le patrimoine de chacun des

conjoints, à prévenir les liquidations laborieuses et fécondes en procès. C'est ainsi qu'elle laisse aux époux, en matière de remploi, les droits qui appartiennent aux autres propriétaires, n'exigeant d'eux qu'une chose : dans tous les cas, la constatation de la volonté du mari, et de plus, pour les remploi des biens de la femme, la constatation de sa volonté.

Dans la pratique, les remploi ne se réduisent pas toujours à placer les capitaux devenus disponibles par l'effet d'opérations antérieures. Il peut être imprudent d'aliéner des propres, avant qu'une nouvelle destination des prix soit connue. Il peut se faire aussi que des occasions de remploi surviennent, et que les circonstances commandent l'ajournement des aliénations. Faudra-t-il renoncer, pour de vaines questions de dates, aux moyens peut-être introuvables à l'avenir, de transformer, de consolider, d'améliorer le patrimoine personnel des époux, d'après leurs vues particulières, dans la plénitude d'une liberté, que la loi, après leur mariage, laisse intacte : la liberté de vendre, d'échanger, d'aliéner leurs biens ? Cette substitution anticipée d'un bien, qu'on achète, à un autre bien, qui n'est pas encore vendu, est, à prendre les choses dans leur ensemble, un acte moins grave, au regard du propriétaire, que la vente simple du bien, c'est-à-dire la conversion du bien en deniers qui tombent dans la caisse sociale. — Mais, dit-on, l'intérêt de la communauté n'est pas sauve-

gardé. — Cet intérêt est souverainement apprécié par son chef, le mari, dont le consentement est obligatoire pour tous les emplois. — Mais, dit-on aussi, il y a là une atteinte portée aux conventions matrimoniales, lesquelles sont immuables. — Quelle atteinte ? les conventions matrimoniales ne contiennent pas une prohibition certaine des emplois que nous avons en vue, et, en usant du droit qu'elles ne nous enlèvent pas, nous ne faisons que les observer.

Il y a, au reste, une manière de considérer les emplois anticipés, par où ils apparaissent de plus en plus licites, c'est de dégager et de discerner, dans l'acquisition qui les précède, la condition qui y est impliquée, savoir : que l'aliénation d'un propre ou le recouvrement de deniers propres aura lieu.

La Cour de cassation reconnaît la légitimité des emplois anticipés.

Dans une affaire où le prix d'un domaine propre à la femme ne suffit pas pour payer le montant du emploi, et où les conjoints ont stipulé que la somme qui manque sera acquittée sur le prix d'autres immeubles propres que la femme se propose de vendre, la cour décide, que cette condition ou stipulation est licite, qu'elle ne blesse ni la morale ni l'ordre public, qu'elle n'est contraire à aucune loi (1).

La Cour déclare (2), qu'interdire la faculté de payer

(1) Cassation, 23 novembre 1826.

(2) Cassation, 5 décembre 1854. •

l'immeuble que la femme acquiert, soit avec le prix d'un autre immeuble qu'elle se propose d'aliéner, soit avec le montant de créances certaines, liquides, mais non échues, ce serait le plus souvent rendre le remploi difficile, et enlever à la femme l'occasion de faire une acquisition avantageuse.

Après une délibération dans la Chambre du Conseil, la même Cour affirme (1) que le remploi anticipé, ou antérieur à l'aliénation du propre, n'est prohibé par aucune disposition légale, ni quant à la femme, ni quant au mari, et que la loi ne fait pas de distinction sur ce point entre les époux.

Voilà pour l'aliénation et pour l'acquisition. A plus forte raison, le remploi pourra-t-il être fait avant le versement du prix. La Cour de Cassation n'exige pas (2) que l'immeuble soit payé au moment de l'acquisition, ou même que le mari détienne alors des deniers propres à sa femme. Elle exige seulement, pour attribuer au remploi ses effets légaux à l'égard du mari et de la communauté, que, « pendant le mariage et au cours de la communauté, le mari ait ces deniers à sa disposition ». Elle considère, que, cela étant, tout ce qui peut dépendre du concours et de la volonté de la femme est accompli ; que son droit de propriétaire du bien acquis en remploi ne peut plus être justement modifié par des faits qui lui sont étrangers, notam-

(1) 14 mai 1879.

(2) 6 janvier 1858.

ment par le fait du mari, « nanti de deniers suffisants », qui s'abstient de payer le prix avant la dissolution de la communauté. La Cour considère aussi que la femme, dépouillée de son propre qu'elle a consenti à aliéner en vue du remploi seulement, et privée de la propriété de l'immeuble affecté au remploi, par le défaut de paiement du prix, défaut imputable au mari, verrait disparaître la garantie réelle que l'article 1435 était fait pour lui assurer, et, avec cette garantie, les avantages et les droits utiles, que pourrait comporter la propriété de l'immeuble au moment de la dissolution de la communauté.

Il n'est donc pas nécessaire que le prix de l'acquisition soit payé, lorsque la communauté prend fin. Mais il faut que le mari ait dans les mains de quoi le payer. Il ne suffit pas que la créance du prix d'aliénation existe. Il faut qu'elle ait été ou remboursée ou cédée au cours de la communauté. Si en effet elle existe, elle appartient en propre au conjoint, qui avait la propriété du bien aliéné, et il n'est pas concevable que l'époux ait droit, à la fois, à la créance du prix de l'aliénation et au bien acquis en remploi.

Mais si la créance devenue exigible n'a pas été remboursée avant la dissolution de la communauté, le remploi est-il valable ? Il est valable. Les deniers étaient à la disposition du chef de la communauté, puisqu'il avait la faculté de les recouvrer en poursuivant le débiteur.

Ne doit-on pas même accorder, que, si la créance est propre au mari, il en a perpétuellement la disposition, en ce sens qu'il est à même de la convertir en deniers à toute époque, par exemple au moyen d'un transport ? C'est là une conclusion extrême. Si le mari n'a pas cédé sa créance, le remploi ne vaut pas.

Deux Cours (1) ont nié la légitimité des remplois anticipés.

On a voulu faire, entre le mari et la femme, une distinction, qui ne s'appuie sur aucun texte. Les remplois *in futurum* seraient concédés à la femme, et refusés au mari. Une Cour allègue (2) que, si, dans quelques circonstances, on semble avoir admis la validité de tels remplois, ce n'est jamais qu'en faveur de la femme, et qu'il n'y a pas de grands dangers à lui laisser cette faculté ; car elle n'a point l'administration de la communauté, elle ne fait rien que sous l'autorité maritale ; par conséquent elle ne peut compromettre, ni les intérêts de la communauté, ni ceux de son conjoint. La Cour estime, que le mari, au contraire, après avoir acquis un bien en remploi de celui qu'il se propose de vendre, peut, en gagnant du temps et selon les événements, consommer le remploi ou s'abstenir d'aliéner son propre : moyen sûr d'améliorer sa condition aux dépens de la communauté.

(1) Paris, 27 janvier 1820 : Bourges 1^{er} août 1838.

(2) Angers, 6 mars 1844.

Quelles sont les opinions des jurisconsultes en ce qui concerne les remplois *in futurum* ?

Quelques-uns pensent que la nature des choses interdit le remploi d'un prix qui n'est pas connu, qui n'existe pas ; qu'elle interdit la substitution d'une chose à une autre chose qui occupe encore sa place (1).

Un autre prétend, conformément à l'arrêt analysé plus haut, que les remplois anticipés sont défendus au mari seul (2).

On a songé à une autre distinction, tout aussi arbitraire, qui implique une inquisition impraticable, et des procès à l'infini. Elle consiste à n'annuler qu'à une condition le remploi fait pour le mari : c'est que la femme démontrera l'intention du mari de conserver l'acquisition pour son propre compte, seulement si elle lui était profitable (3).

La plupart des jurisconsultes reconnaissent la légitimité des remplois *in futurum* (4).

(1) Toullier, t. XII, n° 370 ; Bellot des Minières, I, p. 521 ; Odier, I, n° 326.

(2) Troplong, II, n° 1154.

(3) MM. Aubry et Rau, § 507, note 64.

(4) Marcadé, sur les articles 1434 et 1435, IV ; MM. Rodière et Pont, n° 677 ; M. Colmet de Santerre, VI, n° 79 bis VII et VIII ; M. Laurent, XXI, n° 361 ; Benech, *De l'emploi et du remploi*, p. 203 et suiv. ; Massé et Vergé, sur *Zachariæ*, IV, p. 113, note 8.

CHAPITRE IV

La communauté légale et les remplois (Suite). — Quels biens peuvent servir aux remplois.

La Code laisse subsister la liberté des conjoints. — Pothier. — Rien, dans la pensée des auteurs du Code, ne s'oppose aux remplois en meubles. — Les remplois en meubles : jurisprudence. — Les remplois en meubles : doctrine. — Les remplois en immeubles : doctrine et jurisprudence. — Les remplois en rentes sur l'État. — La femme a le droit d'acquérir en emploi les meubles ou les immeubles, soit du mari, soit de la communauté. — Si le prix du bien acquis en emploi dépasse notablement la somme à remployer, le bien acquis n'est propre qu'en partie.

Dans l'article 1433, nous trouvons quelques mots très vagues : « le tout sans emploi ».

Nous lisons dans l'article 1434 « acquisition », non pas acquisition d'immeubles, mais simplement « acquisition ».

Dans l'article 1435 reparaît le mot « acquisition »,

sans la moindre mention d'immeubles ni de meubles.

L'article 1470 accorde à « chaque époux » ou à « son héritier » le droit de reprendre « ses biens personnels » ou ceux qui ont été « acquis en remploi ».

« Le contrat de vente, aux termes de l'article 1595, ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants : 1°. 2° Celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté ».

Aucun de ces textes ne fait allusion à la nature des biens destinés aux remplois. Les biens doivent-ils être immeubles ? Peuvent-ils être meubles ? La loi se tait ou plutôt elle n'exclut pas les meubles.

Invoquera-t-on l'article 1493, d'après lequel la femme renonçante a le droit de reprendre « les immeubles à elle appartenant, lorsqu'ils existent en nature, ou l'immeuble qui a été acquis en remploi » ? Mais nous savons, que cette rédaction n'empêche pas la femme de prélever ses propres mobiliers, quand elle en a : le législateur, ici, a statué sur le cas habituel.

Il résulte donc du Code, que les conjoints, le mari comme la femme, peuvent faire des remplois en immeubles ou en meubles, qu'en cela leur liberté est complète.

Nous avons des adversaires. Ils avouent que le Code, en ce qui touche la nature des biens qui peuvent être affectés aux remplois, ne contient ni prescriptions ni prohibitions, mais ils empruntent des règles à la tradition,

Pothier, affirment-ils, ne paraît pas soupçonner que les remplois puissent être faits autrement qu'en immeubles. Il écrit, que les héritages et autres immeubles, acquis durant la communauté, ne laissent pas que d'être propres à l'un ou à l'autre des conjoints, lorsqu'ils ont été acquis à la place d'un propre et pour en tenir lieu (1). Il ajoute, que, si on achète au cours de la communauté un héritage en déclarant, soit que l'acquisition est faite avec des deniers propres, par exemple avec le prix de la vente d'un propre, soit que l'acquisition tiendra lieu de remploi du prix, l'héritage a par la subrogation la qualité de propre (2). Et plus loin, insistant sur la forme du remploi, il continue à ne parler que d'héritages ou d'autres immeubles (3).

Nous répondons, qu'il faut chercher dans d'autres passages les idées générales de Pothier sur les propres de communauté. Il professe que les choses mobilières, qui sont substituées, durant la communauté,

(1) Traité de la communauté, n° 197.

(2) Même Traité, n° 198.

(3) Même Traité, n° 200.

aux propres de l'un des conjoints, sont pareillement des propres de ce conjoint (1) ; que si on acquiert un meuble à la place d'un héritage patrimonial, par exemple en changeant un héritage patrimonial contre un diamant ou contre un tableau, ce diamant ou ce tableau ne peut pas acquérir, par la fiction de la subrogation, la qualité de propre en matière de succession ; mais que les meubles sont « susceptibles de la qualité de propres de communauté, aussi bien que les immeubles » ; que, par conséquent, lorsque l'héritage, propre à l'un des conjoints, est aliéné, durant la communauté, pour une somme d'argent ou d'autres choses mobilières, cette somme d'argent « ou ces autres choses mobilières ont, par la subrogation, la qualité de propres de communauté de ce conjoint », et qu'ainsi elles n'y tombent qu'à la charge de la reprise à son profit. Pothier explique, que si on vend un héritage patrimonial pour une certaine somme d'argent, pour laquelle l'acheteur constitue une rente, cette rente n'acquiert pas la qualité de propre de succession ; mais que, bien qu'elle ait été constituée et acquise pendant le mariage, elle a, par le moyen de la subrogation, la qualité de propre de communauté ; « car, cette qualité de propre de communauté étant une qualité dont les choses meubles sont susceptibles, aussi bien que les immeubles, cette qualité a passé de

(1) Traité de la communauté, n° 99.

mon héritage au prix pour lequel je l'ai vendu, et de ce prix à la rente, qui a été constitué pour le prix » (1).

Pothier reconnaît, que les propres peuvent être mobiliers *aussi bien* qu'immobiliers. N'est-ce pas admettre implicitement la validité des remplois en meubles, et l'opinion du grand jurisconsulte, du grand représentant de la tradition, ne nous est-elle pas plutôt favorable ?

Trouve-t-on d'ailleurs dans la communauté, telle que les auteurs du Code l'ont conçue, quelque chose qui soit incompatible avec les remplois en meubles ?

Le Conseil d'Etat dans sa séance du 13 vendémiaire an XII (6 octobre 1803), se demande, s'il y a lieu de faire tomber dans la communauté légale tous les meubles des deux conjoints.

La discussion, qui s'engage entre les membres du Conseil (2), nous éclaire sur l'idée, que se fait le législateur, des meubles comparés aux immeubles dans le régime matrimonial que nous examinons.

Selon Tronchet, on n'a eu l'intention de « comprendre » dans la communauté légale, « que les biens qui se confondent nécessairement, parce que *rien n'en indique l'origine* » ; il faut en exclure les rentes, car elles « reposent sur un titre qui en fait connaître

(1) Traité de la communauté, n° 197.

(2) Locré, tome XIII, page 187.

le propriétaire ». Cambacérès veut, qu'on exclue aussi de la communauté les « capitaux, dont l'origine est attestée par des actes authentiques » ; et Bigot Prémeneu partage cette opinion, parce que « les obligations à terme forment souvent la plus grande partie du patrimoine ».

Treilhard, après avoir rappelé, que c'est lui qui a proposé de placer, dans la catégorie des propres, les rentes « comme..... fonds..... donnant un revenu », refuse d'y ranger les « autres capitaux, dont l'origine et la propriété sont établies par un acte authentique ; *car il ne resterait plus de fonds pour former la communauté. Elle ne doit pas être prise sur les immeubles, parce qu'il est naturel de les conserver pour la famille..* »

La mise en communauté, réplique Cambacérès, « sera composée du mobilier, qu'on avoue être aujourd'hui très considérable, de l'argent dû par billets et par actes sous seings privés... »

Puis Tronchet change d'avis. Il lui semble « *plus simple...* de confondre également dans la communauté légale, et les capitaux des rentes, et les obligations ; les parties les en excepteront par des stipulations particulières, lorsqu'elles les jugeront trop considérables », et on vote dans ce sens.

Difficulté où impossibilité de constater l'origine des biens, nécessité d'une mise en communauté, besoin de simplicité : ce sont là tous motifs, qu'on ne peut guère transporter dans le domaine des remplois.

Rien donc, dans l'esprit du législateur, ne répugne à cette liberté laissée intacte par la lettre du Code.

Quelle est la jurisprudence touchant les remplois ?

Une Cour, d'abord, valide le remploi provisoire, en meubles, du prix d'un immeuble (1). Elle considère, que « la loi ne défend pas » au mari de faire le placement des deniers propres de la femme, et de leur conserver leur nature de propres jusqu'au moment où il lui est loisible de les employer en immeubles, pas plus qu'elle ne défend aux conjoints d'accorder un nouveau terme à l'acquéreur des biens de la femme ; qu'ils le peuvent surtout, lorsqu'il n'existe aucun droit au profit des tiers sur la communauté. Dans l'affaire soumise à la Cour, le mari avait contracté l'obligation de faire l'emploi du prix des immeubles de la femme vendus pendant le mariage ; et la Cour note, que la femme pouvait s'opposer à ce que le mari disposât du prix, que, cependant, l'acquéreur ayant le droit de se libérer à l'échéance, il était nécessaire d'ordonner la consignation ou le placement des deniers jusqu'à l'emploi, et que les époux avaient le droit de faire d'accord ce que la justice aurait ordonné.

Il s'agit ici d'un placement, qui procure le temps d'attendre un remploi définitif en immeubles. Mais le fondement solide de l'arrêt, c'est que « la loi ne défend pas » cette opération.

(1) Bourges, 6 août 1834.

Une autre Cour touche à notre question (1), mais au sujet d'un placement fait, pour le compte d'une femme qui ne l'avait pas expressément accepté, dans une société en participation, formée entre le mari commanditaire et un tiers qui devait agir en son propre nom seul, pour l'acquisition des créances de l'arriéré de la dette publique. La Cour constate, qu'en percevant les deniers, qui provenaient des immeubles de sa femme, le mari en était devenu propriétaire, et qu'il n'avait l'obligation d'en faire le remploi que si cette obligation résultait du contrat de mariage ; qu'un placement de fonds dans une société, quelle qu'elle fût, ne pouvait-être considéré comme un remploi, « alors surtout que la femme ne l'avait pas expressément accepté ». Et la Cour de Cassation (2) reconnaît, que, les dispositions des articles 1433 et 1435 étant introduites dans l'intérêt de la femme, la femme seule peut les invoquer.

Les arrêts qui précèdent s'appliquent à des remplois d'immeubles en meubles. Une Cour, à la même époque (3), admet le remploi d'un meuble en un autre meuble, du prix d'un office en un autre office. Il ressort de l'arrêt, qu'un notaire avait vendu sa charge pour payer une autre charge de notaire achetée peu

(1) Arrêt de la Cour de Paris du 23 juillet 1840, qui confirme un jugement du tribunal de la Seine.

(2) 21 Juin 1842.

(3) Caen, 6 mai 1839.

de temps auparavant ; que, suivant la volonté des parties, le nouvel office avait servi de remploi à l'ancien, « en raison de la position du notaire », restée à peu près la même, du peu de différence entre la valeur des deux charges ; et que la Cour hésitait d'autant moins à admettre le remploi qu'il s'agissait d'un office « personnel ».

Nous arrivons à un arrêt capital, rendu par la Cour de Cassation, au rapport de M. Pont (1). Le remploi des meubles y est reconnu légitime. La Cour vise les articles 1401 et 1434, et elle déclare, « que toutes acquisitions ou tous contrats à titre onéreux, faits par le mari pendant la communauté, sont, en règle générale, réputés faits pour le compte de cette dernière ; qu'il est vrai que, par dérogation à cette règle, certains engagements ou acquisitions, quoique faits pendant la durée de la société conjugale, constituent des propres, et qu'il en est ainsi notamment *de l'acquisition faite ou de l'engagement contracté à titre de remploi en faveur de l'un ou de l'autre époux ; mais que la dérogation est subordonnée par la loi à des conditions précises, et que, spécialement en ce qui concerne le remploi lorsqu'il est stipulé au profit du mari, il ne peut résulter que de la double déclaration, que la nouvelle acquisition ou le nouvel engagement est contracté des deniers propres du mari, et que l'acquisition*

(1) 20 août 1872.

ou l'engagement a eu lieu pour lui servir de remploi ».

Dans l'espèce, les deniers susceptibles de remploi provenaient de droits sociaux et d'un compte courant, c'est-à-dire de choses mobilières. Mais le langage de la Cour de Cassation, dans cet arrêt, semble tout à fait général, et on peut, sans le fausser, l'appliquer aux deniers qui proviennent d'immeubles.

Passons à la doctrine.

Les remplois en meubles étaient rejetés autrefois par la plupart des jurisconsultes, surtout par les premiers commentateurs du Code. Les écrivains les plus récents, à l'exemple de la Cour de Cassation, tendent à se relâcher de cette rigueur.

MM. Rodière et Pont se demandent, quelle espèce de biens peut-être affecté aux remplois. Et ils répondent, que, dans le silence du contrat de mariage, le remploi, d'après l'indication de « la raison même », doit être fait en biens de la nature de ceux qui ont été aliénés ; qu'à supposer la vente d'un immeuble propre à la femme, si le mari veut bien le remployer, l'acquisition « devra » avoir pour objet un immeuble ou tout au moins des droits immobiliers. Ils font, ainsi, fléchir leur règle, et avouent que la chose acquise en remploi peut appartenir à une autre espèce que la chose aliénée (1).

MM. Aubry et Rau supposent, sans discussion, que

(1) N° 681

les remplois ne peuvent être faits qu'en immeubles. Ils permettent néanmoins « l'acquisition d'immeubles destinés à remplacer des valeurs mobilières » (1).

M. Laurent ne se place pas exactement dans le même ordre d'idées. Il ne se contente pas, comme MM. Rodière et Pont, d'invoquer la raison. Il sait que la raison, dans beaucoup de cas, si la liberté des conjoints n'est pas amoindrie par leur régime matrimonial, peut leur commander les remplois en meubles. Il étudie les textes, la nature des remplois, et la conclusion est, que les fonds qui proviennent de propres mobiliers ne sont pas susceptibles de remplois, même en immeubles. Il cherche, si la loi a étendu la fiction de la subrogation aux propres mobiliers, et la section de la communauté d'acquêts, où il n'est pas question du remploi, lui fournit une réponse négative. Il estime que l'interprète n'a pas le droit d'étendre la subrogation à un cas qui n'est pas prévu par la loi ; que l'appliquer à des propres mobiliers, c'est évidemment l'étendre ; qu'en effet le remploi des articles 1434 et 1435 suppose, « qu'un propre immobilier est remplacé par un propre immobilier » (2).

Est-il vrai, que, d'après les articles 1434 et 1435, un propre immobilier doive être remplacé *par un propre immobilier* ? Non. Il n'est question d'immeubles dans ces articles qu'à propos de l'origine des deniers à

(1) § 507.

(2) Tome XXIII, n° 151.

remployer. C'est ce que nous avons vu déjà. Nous avons vu aussi, que, pour désigner les nouveaux propres, le législateur se sert d'expressions applicables, et aux meubles, et aux immeubles : « acquisition », et « remploi ».

M. Laurent insiste sur le terme d' « immeubles », qui se rencontre dans plusieurs des textes relatifs aux remplois. Il a pris soin lui-même de montrer, pour un autre cas, il est vrai, celui de l'article 1428, pourquoi la loi ne vise pas toujours les meubles. Il pense que le texte pourrait être plus clair, mais que la mauvaise rédaction s'explique ; car il n'y a, dans le régime de la communauté, guère de meubles propres à la femme, le mobilier présent et futur des conjoints étant mis en commun. « On conçoit donc que le législateur *n'ait point songé aux meubles*, qui, dans des cas très rare, restent propres à la femme » (1).

M. Guillouard, tout en admettant les remplois en meubles, suit M. Laurent et presque tous les commentateurs dans l'interprétation des articles 1434 et 1435. Et nous tenons à mettre cette erreur en relief, parce que la théorie, longtemps dominante, de l'impossibilité des remplois en meubles, en est sortie. M. Guillouard allègue que, si un immeuble propre à l'un des conjoints est aliéné, le remploi doit en être fait en immeubles. « C'est ce qui résulte des articles 1434

(1) Tome xxii, n° 163.

et 1435, qui ne prévoient que le remploi en immeubles » (1). Il ajoute, que le but de cette institution est de conserver le patrimoine des époux « comme il était », qu'il faut donc remplacer les biens aliénés par des biens de la même nature. Il passe ensuite à l'article 1595 (2), et il n'y découvre pas le droit de remployer les propres de la femme en toute espèce de biens cédés par le mari, c'est-à-dire soit en immeubles, soit en meubles. Il se borne à affirmer que, par exception à la règle qui défend la vente entre époux, les « immeubles » propres au mari peuvent être cédés à la femme, même non séparée, en remploi de ceux qu'elle a aliénés.

Mais ces lectures inexactes ne l'empêchent pas de valider les remplois en meubles. C'est de quoi son opinion tire plus de force. Bien qu'il juge que, d'après les articles 1434 et 1435, le remploi des immeubles propres aliénés doit avoir lieu en immeubles, il ne lui semble pas impossible de remplacer par des meubles l'immeuble de l'un des conjoints. Il *croit*, que le régime de la communauté admet ce remploi, avec le consentement de l'époux intéressé ; que ce régime de « *liberté* », laissant à chaque conjoint le droit de disposer de son patrimoine, de n'exiger de remploi qu'à son gré, et de se contenter d'une créance de reprises contre la communauté, lui donne aussi la faculté

(1) Traité du Contrat de mariage, n° 477.

(2) Même n° 477.

d'accepter en remploi des valeurs d'une autre nature que celle des biens aliénés. « C'est la solution que nous avons admise *pour l'échange et elle doit être la même pour le remploi*..... Du moment où la femme accepte le remploi, elle peut accepter tel remploi que bon lui semblera, ne fût-il pas de la même nature que le bien aliéné » (1).

M. Baudry Lacantinerie professe, qu'un immeuble propre à l'un des époux ayant été vendu, la loi permet d'y subroger, par le moyen du remploi, un autre immeuble acheté avec le prix du premier. Plus loin, il accorde, que les termes de la loi, qui ne parle que du remploi des propres immobiliers, doivent être considérés comme simplement énonciatifs ; qu'ils n'empêchent pas les conjoints de remployer leurs propres mobiliers ; que le silence de la loi est tout naturel ; qu'il a pour cause la rareté des propres mobiliers dans le régime de la communauté. Et il fait une dernière concession de la plus grande portée : il déclare, qu'un propre mobilier peut être remplacé, « soit par un autre objet mobilier, soit par un immeuble (2).

Déjà, Mourlon soutenait, avec vigueur, que les époux peuvent faire le remploi facultatif en tels ou tels biens qu'il leur plaît d'acquérir, par exemple, en bien meubles, même lorsque le propre aliéné est un

(1) Nos 480 et 495.

(2) Précis de droit civil, tome III, nos 63 et 67.

immeuble. « Si quelque loi les oblige à le faire en tels biens plutôt qu'en tels autres, je ne la connais point. » (1)

Nous abordons la doctrine et la jurisprudence, qui regardent les remplois en immeubles.

La tendance des esprits, depuis la promulgation du Code, a toujours été de favoriser le remploi de meubles en immeubles. On se fondait sur ce qu'on croyait lire dans les articles 1434 et 1435, et quelquefois dans l'article 1595, où il est pourtant bien difficile de se heurter à une équivoque. On pensait aussi s'inspirer de la pensée du Code sur les meubles comparés aux immeubles. D'un autre côté, on objectait et on objecte que les conventions matrimoniales sont immuables. M. Laurent constate (2) que, si le mari a une créance mobilière, et s'il emploie à l'achat d'un immeuble le capital qui lui est remboursé, régulièrement l'immeuble doit dépendre de la communauté, le mari conservant d'ailleurs le droit de reprendre la valeur de la créance qui lui appartenait. Il fait observer que, si l'on admet la fiction du remploi, le mari exerce immédiatement sa reprise en acquérant un propre ; qu'il y a donc une dérogation aux conventions matrimoniales ; que, si c'est la femme qui remploie des deniers propres, il y a aussi un

(1) Répétitions écrites, revues par M. Demangeat, tome III, n° 160 sexies.

(2) Tome xxiii, n° 151.

changement au contrat de mariage; que les deniers, tout en restant propres, entrent dans la communauté, et que le mari, comme chef, en profite, puisqu'il peut en disposer, à la charge de la récompense due lors de la dissolution de la communauté; que les choses changent quand les deniers sont remployés en immeubles; que le mari n'a pas la disposition des immeubles acquis en remploi, puisqu'ils forment des propres; que, par là, le contrat de mariage est modifié dans ses effets. Ainsi, l'immutabilité des conventions matrimoniales conduit M. Laurent à interdire absolument les remplois de créances ou de deniers propres. Mais, doit-on répondre, l'immutabilité des conventions matrimoniales n'est pas attaquée. Il ne s'agit pas de les altérer. Il s'agit d'en déterminer la portée. Il s'agit de savoir si elles autorisent ou si elles n'autorisent pas les remplois de meubles en immeubles. M. Laurent tempère sa doctrine, si même il ne la détruit, dans son commentaire de l'article 1595 (1). Il enseigne, que, la femme ayant des deniers propres, par exemple ceux qui lui ont été donnés à la condition qu'ils seraient exclus de la communauté, la loi permet au mari de lui céder un de ses biens en paiement des deniers qu'il a reçus et qu'il doit restituer; et, comme elle ne dit pas quels biens il peut céder, « à moins qu'il n'y ait une clause

(1) Tome xxiv, n° 36.

de remploi, il peut céder *des meubles ou des immeubles* ». La conclusion de Marcadé (1) est, que l'esprit évident de la loi ne repousse pas le remplacement, par des immeubles, de sommes propres à un époux, qu'au contraire il l'autorise, et que « c'est avec raison que la généralité des auteurs et la jurisprudence ont rejeté sur ce point la doctrine de M. Duranton (XIV, 389) ».

Les remplois de meubles en immeubles sont admis, en effet, par la plupart des jurisconsultes (2).

La jurisprudence est fixée dans le même sens. Elle résulte des décisions citées dans le chapitre premier (3). La Cour de cassation, dans un de ses arrêts (4), semble restreindre les remplois de meubles en immeubles à la communauté d'acquets. Mais la déclaration de la Cour, fondée uniquement sur l'idée erronée, que « la communauté légale ne reconnaît que des propres immobiliers », doit être étendue à la communauté légale.

Dans le sens opposé, il existe deux arrêts de la Cour d'appel (5).

Quant aux remplois d'immeubles en immeubles,

(1) Sur les articles 1434 et 1435, iv.

(2) Toullier, xii, 356 ; Bellot des Minières, i, p. 513 ; Rodière et Pont, n° 679 ; Troplong, ii, 1156 et 1157 ; Aubry et Rau, § 507.

(3) Cassation, 6 décembre 1819 et 26 juillet 1869 ; Toulouse, 27 mai 1834 ; Caen, 6 mai 1839 ; Paris, 9 juillet 1841 ; Bourges, 27 août 1853 ; Douai, 15 juin 1861.

(4) 16 novembre 1859.

(5) Bourges, 2 avril 1846 ; Rennes, 12 décembre 1846.

tous les jurisconsultes les acceptent en principe. Certains veulent, il est vrai, qu'on substitue à un immeuble d'une espèce un immeuble de la même espèce, un immeuble par nature à un immeuble par nature. Il y a, sur cette question, quelques arrêts, mais qui se rattachent au régime dotal. Elle n'a pas, d'ailleurs, d'intérêt pour nous, qui validons même les remplois en meubles.

Les partisans des remplois en immeubles seuls sont obligés aujourd'hui de faire subir à leur règle l'exception imposée par les deux lois suivantes : La loi du 2 juillet 1862, article 46 : « Les sommes dont le placement ou le emploi en immeubles est prescrit ou autorisé par la loi, par un jugement, par un contrat, ou par une disposition à titre gratuit, entre vifs ou testamentaire, peuvent être employées en rentes trois pour cent de la dette française, à moins de clause contraire » ; et la loi du 16 septembre 1871, article 29 : « Les sommes, dont le placement ou le emploi en immeubles est prescrit ou autorisé par la loi, par un jugement, par un contrat, ou par une disposition à titre gratuit, entre vifs ou testamentaire, peuvent, à moins de clause contraire, être employées en rentes françaises de toute nature. Dans ce cas, et sur la réquisition des parties, l'immatricule de ces rentes au grand livre de la dette publique en indique l'affectation spéciale ».

La nature des rentes sur l'Etat est-elle changée par

ces textes, et faut-il se rallier au système d'une Cour qui affirme (1), que les rentes sur l'Etat immatriculées, avec une affectation spéciale, conformément à la loi, sont « considérés comme des immeubles », qu'elles sont « immobilisées ? » Nous pensons, que c'est là un langage excessif. Il faut se borner à dire que les rentes sur l'Etat peuvent prendre la place des immeubles dans les remplois. Il n'y a rien, dans les textes, qui permette d'aller au-delà.

La femme a-t-elle le droit d'acquérir en remploi les meubles ou les immeubles, soit du mari, soit de la communauté ?

L'article 1595 appartient au titre « De la vente », et, dans ce titre, au chapitre II, dont la rubrique est : « Qui peut acheter ou vendre ». Le texte même de l'article autorise « le contrat de vente » entre époux, la cession de « biens » (n^{os} 1 et 3), et « la cession que le mari fait à sa femme » (n^o 2).

Donc, aucun doute : le mari a la faculté de céder à sa femme, même non séparée, en remploi de ses propres, toute espèce de biens, soit meubles, soit immeubles. On ne trouve pas de restriction dans la loi, et, par conséquent, les époux sont libres. La Cour de cassation, consultée sur ce point, répond (2), qu'il s'agit seulement de décider si le mari peut faire une

(1) Rouen, 30 mai 1877.

(2) 9 mars 1837.

vente à sa femme en paiement de ses reprises, que le droit formel lui en est donné par l'article 1595 qui n'établit pas de distinction entre les biens aliénés, d'après leur nature, qu'une pareille vente est aussi valable pour des meubles que pour des immeubles, et qu'elle en transfère immédiatement à la femme la propriété *in specie*. Plusieurs Cours d'appel ont rendu des arrêts analogues (1).

Mais les biens de la communauté ? Bugnet (2) enseigne que, si le mari, garant ou débiteur subsidiaire envers sa femme, peut lui donner en paiement un de ses propres, il doit, à plus forte raison, pouvoir lui céder un immeuble de la communauté, puisque c'est la communauté qui est principalement débitrice envers la femme dont l'immeuble a été aliéné. Ce motif n'est pas le seul. On peut ajouter, que le mari dispose librement, à titre onéreux, des biens communs, et qu'au reste, la communauté n'étant pas une personne morale, lorsqu'un de ses biens est vendu à la femme, la femme, déjà propriétaire d'une moitié, n'en acquiert réellement que l'autre moitié, celle qui appartient au mari.

Le droit de céder à la femme des biens de la communauté, conformément à l'article 1595, est accordé

(1) Paris, 27 mai 1839 ; Poitiers, 11 août 1863 ; Sens, 5 novembre 1868.

(2) Sur Pothier, n° 199, note 2.

au mari par la doctrine (1) et la jurisprudence ancienne (2). Il lui est refusé par quelques dissidents, et par la dernière jurisprudence (3).

Lorsque la somme à remployer est égale ou supérieure au prix du bien acquis en remploi, ce bien, manifestement, appartient tout entier en propre au conjoint, pour qui l'opération s'est accomplie.

Mais si le prix de bien acquis excède le montant des deniers propres, que doit-on décider ?

Le remploi est-il valable ? Oui, sans aucun doute. A qui la propriété du bien est-elle transférée ? A cette question, on a fait plusieurs réponses.

Ainsi Pothier pense (4), que, si un époux achète un héritage pour un prix plus élevé que celui moyennant lequel il a vendu précédemment un héritage propre de communauté, l'héritage acquis ne sera propre de communauté par subrogation que jusqu'à concurrence du prix de la vente ; qu'il sera conquêt pour le

(1) Toullier, XII, 366 ; MM. Rodière et Pont, n° 681 ; MM. Aubry et Rau, § 351.

(2) Cassation, 9 mars 1837.

(3) Delvincourt, t. III, p. 62 ; Battur, de la communauté, I, 589 ; Cassation, 11 juillet 1888, et 16 avril 1889. Nous ne nous arrêtons pas à cette dernière jurisprudence. Elle repose sur une lecture inexacte de l'article 1595. Elle admet gratuitement que le remploi est une cause légitime au sens du paragraphe 2 de cet article, seulement dans le cas où il s'agit du « remboursement d'une créance actuelle et exigible », et que la créance n'est pas *exigible* si le remploi des propres aliénés de la femme est « facultatif ». Voir la note mise par M. Bufnoir, sous un autre arrêt de la Cour de cassation, du 15 juin 1881. (Sirey, 1883, I, 473).

(4) Traité de la communauté, n° 198.

surplus ; que, néanmoins, si la somme, dont le prix de la nouvelle acquisition excède le prix de la vente, est peu considérable, l'époux sera censé avoir fait l'acquisition entièrement pour son compte, et il devra récompenser la communauté du montant de la différence qui existe entre les deux prix.

M. Colmet de Santerre estime, que l'immeuble acheté en remploi doit être propre pour le tout, dans tous les cas. « Mais la communauté, ayant déboursé une somme supérieure à celle dont elle était débitrice, sera créancière d'une récompense ; l'époux, qui aura acquis un propre, devra la différence entre le prix du propre aliéné et celui du propre acquis en remploi (1) ». « Le Code, écrit M. Colmet de Santerre, sur l'article 1407 relatif à un cas semblable, l'échange d'un propre avec soulte, le Code a visé à la simplicité, et il n'a pas voulu consacrer une règle, dont le résultat eût été de créer une indivision entre l'époux propriétaire à titre de propre d'une partie de l'immeuble et la communauté propriétaire de l'autre partie ».

La Cour de cassation a jugé (2), que, si une partie du prix d'un immeuble est payée des deniers dotaux de la femme à laquelle cette acquisition doit tenir lieu de remploi, la femme devient propriétaire de

(1) VI, n° 79 bis, XIX.

(2) 20 juin 1821.

l'immeuble acquis jusqu'à concurrence de la somme dotale entrée dans le paiement du prix.

Le système de Pothier est généralement suivi. (1) On a émis l'opinion, que le bien devait dépendre de la communauté pour une partie, même si l'excédent de valeur était « peu considérable ». (2) Nous nous rallions au système de Pothier, en nous appuyant sur la tradition, sur le manque de textes, sur le droit commun, sur la règle d'après laquelle les conjoints ne peuvent pas se créer de propres à volonté pendant le mariage.

(1) Toullier, xii, n° 387 ; Troplong, ii, 1151 ; M. M. Rodière et Pont, n° 684 ; M. M. Aubry et Rau, § 507, note 86.

(2) M. Laurent, xxi, n° 381.

CHAPITRE V

La communauté légale et les remplois (suite). — La forme et la nature des remplois.

Une déclaration expresse du mari est nécessaire. — Tâtonnements de la jurisprudence. — La déclaration doit être faite in continenti. — Elle ne peut pas être faite ex intervallo, même pour la femme. — Déclarations exigées dans l'ancien droit. — Une double déclaration est prescrite par le Code, et suffit. — Les remplois faits pour la femme ne sont pas valables sans son acceptation. — L'acceptation peut avoir lieu ex intervallo, mais non après la dissolution de la communauté. — La nature des remplois.

Une déclaration expresse du mari est nécessaire. Cette proposition paraît incontestable, quand on lit les articles 1434 et 1435 sans parti pris. Cependant, à certaines époques, la jurisprudence délaissait la lettre de la loi, pour se rapprocher de ce qu'elle en réputait l'esprit. La Cour de cassation décidait, (1) qu'il n'était pas toujours indispensable, pour établir

(1) 3 août 1852.

le remploi à l'égard du mari, qu'il y eût une déclaration de sa part, et que ce remploi pouvait résulter des circonstances. La Cour de Bruxelles était entrée dans la même voie. (1) Elle prétendait, que la déclaration faite dans l'acte, surtout lorsqu'il s'agissait de l'acquisition d'une créance, n'était pas la seule preuve, de laquelle il pût résulter qu'au moment de l'acquisition nouvelle on avait entendu opérer un remploi ; qu'il était possible de tirer une preuve équivalente de la nature du nouveau contrat, des conditions qui y avaient été stipulées, du rapprochement des époques : de quoi s'induisait « une espèce de déclaration tacite » dont la force devait être égale à celle qui aurait été faite expressément, d'après le principe *eadem est vis taciti et expressi*, qui satisfait au vœu de la loi, et met à couvert les intérêts de toutes les parties. La Cour de cassation a remis les vrais principes en honneur (2). Il doit, d'après la dernière jurisprudence, apparaître des dispositions des actes, que le mari a entendu faire un remploi : à défaut d'une indication qui manifeste, sinon en des termes exprès, au moins d'une manière non équivoque, la volonté d'effectuer un remploi, la seule déclaration de l'origine des deniers est insuffisante pour conférer aux droits acquis la qualité de propres.

(1) 11 juin 1834.

(2) 20 août 1872.

La déclaration doit être faite, lisons-nous dans l'article 1434, « lors de l'acquisition ». L'ancien droit requérait cette déclaration *in continenti*. Pothier enseigne (1) que, si elle n'accompagne l'acquisition, inutilement y procède-t-on *ex intervallo*, car l'héritage étant conquêt faute de cette déclaration, la communauté ne peut plus, par celle qui survient *ex intervallo*, être privée d'une chose qui lui a été une fois acquise. Pothier fournit ainsi de la règle une raison péremptoire, qui a conservé toute sa valeur. Lebrun, de son côté (2), en exigeant la déclaration *in continenti*, ne veut pas que le mari « voie venir la suite des temps », pour prendre l'immeuble s'il est augmenté, et pour le refuser si la vicissitude des choses l'a fait diminuer.

Une Cour a jugé (3) que, le chef d'une communauté ayant acquis un immeuble sans aucune déclaration de remploi, et la femme n'ayant déclaré que par la suite consentir à ne rien prétendre dans cette acquisition, l'immeuble était acquêt au moment où la femme donnait ce consentement; qu'ainsi le transport fait au mari était une véritable vente que n'autorisait pas l'article 1595.

C'est la décision de la doctrine (4).

(1) Traité de la communauté, n° 198.

(2) Traité de la communauté, livre III, chap. II, dist. 2, n° 68.

(3) Bourges, 23 avril 1837.

(4) MM. Rodière et Pont, n° 662; MM. Aubry et Rau, § 507; M. Colmet de Santerre, t. VI, 79 bis IX; M. Laurent, t. XXI, n° 366.

La déclaration ne peut-elle pas être faite *ex intervallo*, au moins pour la femme.

MM. Rodière et Pont et Marcadé affirment qu'elle peut être faite pour la femme *ex intervallo*. MM. Rodière et Pont estiment (1) que, l'article 1595 permettant au mari de céder un de ses immeubles à la femme en remploi d'un immeuble aliéné, de là résulte la preuve que la déclaration du mari peut intervenir après l'acquisition ; que, si elle n'est pas immédiate, l'immeuble nouvellement acquis ne servira pas de remploi dès le principe, mais qu'il deviendra propre à la femme par la suite, si les parties conviennent de le subroger à celui dont elle s'est dépouillée ; qu'à la différence du remploi fait pour le mari, le remploi fait pour la femme se combine et se concilie très bien avec une déclaration postérieure à l'acquisition. Marcadé (2) est du même avis pour les mêmes motifs. Mais, au fond, MM. Rodière et Pont, comme Marcadé, appellent remploi ce que nous appelons vente (3), vente dans un cas où le remploi est possible. En effet, Marcadé professe que, « dans aucun cas, la femme ne peut prétendre attribuer à son acceptation un effet rétroactif ». Et, d'après MM. Rodière et Pont, il n'y a pas de « remploi

(1) N° 663.

(2) Sur les articles 1434 et 1435, III.

(3) Contre la légitimité de cette vente hors des cas où le remploi est obligatoire, arrêts de la Cour de cassation du 11 juillet 1888 et du 16 avril 1889, cités au chapitre IV.

dès le principe »; l'immeuble peut « devenir un propre par la suite ».

L'opération, définie par Marcadé, aussi bien que par Rodière et Pont, est uniquement la vente autorisée par l'article 1595, n° 2, sans aucune distinction entre les biens acquis par le mari avant ou après le mariage, entre les biens propres au mari et ceux qui dépendent de la communauté.

Troplong, MM. Aubry et Rau, M. Labbé, pensent (1), et nous nous permettons de penser avec eux, que le remploi, bien différent de la vente entre conjoints, ne peut pas résulter, au profit de la femme, d'une déclaration *ex intervallo*.

Nous nous recommandons de Pothier (2). « Lorsque c'est pour tenir lieu de remploi, des propres de la femme que le mari acquiert un héritage durant le mariage, il faut pareillement que la déclaration soit faite, par le contrat d'acquisition, que l'héritage est acquis pour tenir lieu de ce remploi... Pour qu'un héritage ou autre immeuble acquis par le mari, avec déclaration que c'est pour tenir lieu de remploi à sa femme, soit propre de subrogation, il faut, à la vérité, que cette déclaration soit portée par le contrat d'acquisition. »

Cette doctrine inspire l'article 558 du Code de Com-

(1) Troplong, II, 1061, 1117, et 1122; MM. Aubry et Rau, § 507; M. Labbé, de la ratification des actes d'un gérant d'affaires, n° 93.

(2) Traité de la communauté, nos 199 et 200.

merce : « La femme reprendra... les immeubles acquis par elle et en son nom..., pourvu que la déclaration d'emploi soit expressément stipulée *au contrat d'acquisition*. »

Voilà une application de la règle, qui ressort de l'analyse des textes : « lors de l'acquisition », article 1434 ; « la déclaration du mari », article 1435, c'est-à-dire *la même* déclaration, celle qu'il doit faire lors de l'acquisition ; « la déclaration du mari que l'acquisition *est* faite... », même article : la déclaration et l'acquisition sont donc simultanées.

Quelles étaient les déclarations qu'exigeait l'ancien droit ?

« Pour former le remploi, dit Duplessis (1), il faut que le mari, par le contrat d'acquisition qu'il fait de l'héritage ou rente, déclare que c'est des deniers stipulés propres à lui ou à sa femme ou provenant de tels propres de lui ou d'elle vendus, ou de telle rente propre rachetée, et qu'il stipule en même temps que ces héritages ou rentes nouvellement acquis demeureront propres à celui-là pour lui servir de remploi, sans lesquelles déclarations le mari ni la femme ne sauraient prétendre de remploi effectif sur cet immeuble... » Lebrun (2) écrit : « Quelquefois le mari fait le remploi durant le mariage en acquérant un autre héritage et faisant déclaration que c'est des

(1) De la communauté, livre II, chap. IV, section II.

(2) De la communauté, livre III, chap. II, sect. II.

deniers de celui qui a été vendu auparavant et pour tenir lieu de propre au conjoint du côté duquel était l'héritage ; en effet, il ne suffit pas que les deniers aient été employés, il faut que la destination du remploi soit marqué de la part des conjoints. » Ainsi Duplessis et Lebrun sont d'accord, pour subordonner le remploi à deux déclarations, l'une que les deniers sont propres, et l'autre qu'un nouveau propre est créé.

Pothier est moins exigeant que ses aînés (1). « Lorsque j'achète durant la communauté un héritage, avec déclaration que c'est des deniers qui m'étaient propres... *ou* lorsqu'il est dit que c'est pour me tenir lieu de remploi du prix de cet héritage, l'héritage acquis avec cette déclaration, quoique acquis durant la communauté, a par la subrogation la qualité de propre de communauté.... »

Il faut avouer qu'il n'est pas difficile de découvrir la volonté des intéressés, soit dans l'une, soit dans l'autre de ces deux déclarations, dont une seule suffit au dire de Pothier : « J'achète... un héritage... des deniers », qui me sont « propres », ou « j'achète un héritage.. pour me tenir lieu de remploi » d'un « prix ». Elles signifient, même séparément, quand on les prend dans toute leur force, ce qui, d'après la définition même de Pothier, constitue l'essence du remploi : « J'acquiers une chose à la place d'une autre que j'ai aliénée. »

(1) Traité de la communauté, n° 198.

Quoi qu'il en soit, les rédacteurs du Code, en empruntant à Pothier à peu près la teneur de ses deux déclarations, les ont unies par la particule *et*, de sorte qu'aujourd'hui elles sont obligatoires l'une et l'autre.

C'est l'interprétation généralement acceptée (1). Elle est rejetée par M. Colmet de Santerre (2). « La déclaration que l'immeuble est acquis en remploi implique qu'il sera payé avec les deniers dus par la communauté à l'épouse. Voici pourquoi les articles 1434 et 1435 supposent une déclaration que les deniers proviennent de l'aliénation de l'immeuble : c'est en quelque sorte une paraphrase de l'expression acquisition en remploi. La loi ne peut pas exiger sur ce point une déclaration spéciale, car cette déclaration serait insignifiante et répéterait en d'autres termes la déclaration principale ».

La Cour de Cassation demande les deux déclarations. Elle décide (3) que le remploi stipulé au profit du mari peut résulter seulement de la double déclaration : que la nouvelle acquisition ou le nouvel engagement est contracté des deniers propres du mari, et que l'acquisition ou l'engagement a eu lieu pour lui servir de remploi.

(1) MM. Rodière et Pont, n^{os} 656 et suivants ; Marcadé sur les articles 1434 et 1435, II ; Troplong, II, 1119 et 1120 ; MM. Aubry et Rau, § 507, M. Laurent, t. XXI, n^o 364.

(2) Tome VI, n^{os} 79 bis, XI.

(3) 20 août 1872.

Elle avait statué déjà (1), que la loi ne prescrit aucun terme sacramentel, qu'il suffit que l'acte d'acquisition exprime clairement la volonté du mari de faire un emploi, et indique l'origine des deniers employés au paiement. Marcadé, Troplong, MM. Rodière et Pont, MM. Aubry et Rau, admettent cette latitude dans l'expression de la volonté du mari (2).

Est-il nécessaire, qu'il y ait une indication particulière et distincte de l'origine des deniers : M. Laurent répond oui (3) Il se fonde sur ce que la loi « exige positivement une déclaration distincte de l'origine des deniers » et qu'en matière de fiction tout est de rigueur ; que du reste le but de la loi est de prévenir les fraudes. MM. Aubry et Rau sont d'un autre avis (4). Il leur semble, que, l'efficacité du emploi n'étant pas subordonnée à l'identité des deniers, une indication spéciale de leur origine est absolument sans objet ; que les rédacteurs du Code l'ont rappelée bien moins comme une condition de la déclaration de emploi que pour exprimer l'idée qu'elle serait insuffisante si la déclaration ne l'accompagnait pas ; que l'indication de l'origine des deniers, telle qu'elle est mentionnée aux articles 1434 et 1435, serait le plus souvent contraire à la vérité, et deviendrait matériellement im

(1) 23 mai 1838.

(2) Marcadé sur les articles 1434 et 1435, II ; Troplong, II, n° 1123 ; MM. Rodière et Pont, n° 661 ; MM. Aubry et Rau, § 507.

(3) Tome XXI, n° 364.

(4) § 507.

possible, s'il s'agissait d'un remploi à faire par anticipation. L'opinion de MM. Aubry et Rau, que nous adoptons, s'accorde avec le sens principal des périphrases « deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble... personnel », « deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme ». Ces périphrases visent surtout la qualité de chose *propre* au conjoint pour qui se fait le remploi. C'est à quoi s'attache aussi la Cour de cassation, en déclarant (1), qu'il suffit d'énoncer que l'acquisition a lieu « des deniers propres du mari ».

Les deniers peuvent n'être pas matériellement ceux qui sont sujets au remploi. C'est la signification des textes « deniers provenus... » Les deniers proviennent du propre, et ils sont propres, même lorsque les espèces primitivement reçues ont été remplacées par d'autres espèces : l'origine et la valeur sont les mêmes, si la matière ne l'est pas. En exigeant l'identité physique des écus, le législateur supprimerait la plupart des remplois *in futurum* et ceux des autres remplois qui ne suivent pas de très près l'encaissement des deniers propres (2).

Les remplois faits pour la femme sont-ils valables sans son acceptation ?

« La déclaration du mari... ne suffit point, si ce remploi n'a été formellement accepté par la femme ».

(1) 20 août 1872.

(2) Marcadé, 1434 et 1435, II ; MM. Rodière et Pont, n° 660 ; MM. Aubry et Rau, § 507 ; M. Colmet de Santerre, t. VI, n° 79 bis XI.

La nécessité de l'acceptation de la femme est donc certaine. La tradition, ici, suggère au Code sa pensée et presque son langage. « Cette *déclaration n'est pas seule suffisante*, pour que l'héritage tienne lieu de ce remploi, et soit, en conséquence, propre de communauté de la femme par subrogation ; il faut, outre cela, que la femme consente que cet héritage lui tienne lieu de remploi » (1). La Cour de cassation veille à l'observation de cette règle très sage (2). Et l'acceptation doit être formelle, expresse : il ne suffit pas, que la femme assiste à l'acquisition du propre ; il, faut qu'elle exprime l'intention de l'accepter en remploi. Ainsi, aux termes d'un arrêt (3), « l'acquisition a eu lieu sous le nom de la femme, de son consentement, et avec ses deniers », mais le remploi doit « être expressément accepté » par la femme, et, en requérant une « acceptation formelle », un autre arrêt (4) constate, « que, si l'on peut induire des termes du contrat d'acquisition », que l'immeuble a été acquis « des deniers personnels » de la femme, « il ne résulte d'aucune des parties de ce contrat, que cette acquisition aurait été faite à son profit à titre de remploi, et surtout que ce remploi ait été accepté par elle ». Le législateur veut que la femme rompe

(1) Pothier, *Traité de la Communauté*, n° 199.

(2) 26 juillet 1852, et 25 juin 1883.

(3) Cassation, 26 juillet 1852.

(4) Cassation, 25 juin 1883.

le silence, qu'elle déclare sa volonté. Il livre toute sa pensée dans l'article 1544 : « Si la dot est constituée par le père seul pour droits paternels et maternels, la mère, *quoique présente au contrat*, ne sera point engagée, et la dot demeurera en entier à la charge du père ». Pothier exprime une autre opinion, mais les termes dont il se sert laissent voir, qu'un texte, net comme le nôtre, l'aurait fait changer d'avis. « ... Quoiqu'il ne soit pas dit expressément par le contrat, que la femme a accepté cet héritage pour lui tenir lieu de son emploi, la présence ou la souscription de la femme au contrat, où cette déclaration est portée, en est une suffisante acceptation » (1).

Toullier, Troplong, MM. Aubry et Rau, suivent Pothier (2). Le texte du Code est respecté par MM. Rodière et Pont, par M. Colmet de Santerre, par M. Laurent, par M. Guillouard (3).

La doctrine que professe Pothier, n'était pas admise par tous les juriconsultes dans l'ancien droit. « A l'égard de la femme, dit Bourjon (4), son action de remploi ne cesse que lorsqu'elle a accepté le remploi du prix de son propre aliéné en acquisition de la rente ou héritage acquis, et il faut que cette accepta-

(1) *Traité de la Communauté*, n° 200.

(2) Toullier XII, n° 361 ; Troplong, II, n° 1129 ; MM. Aubry et Rau, § 507.

(3) MM. Rodière et Pont, I, n° 669 ; M. Colmet de Santerre, tome VI, 79 bis XVIII ; M. Laurent, XXI, n° 374 ; M. Guillouard, n° 496.

(4) *Dr. comm., de la Communauté*, VI, 2, n° 62.

tion soit formelle ; sans elle, l'action de remploi de la femme subsiste dans toute sa force ».

A quelle époque doit avoir lieu l'acceptation de la femme ?

« Si elle (la femme) ne l'a pas accepté (le remploi), elle a simplement droit, lors de la dissolution de la communauté, à la récompense... » Ce texte signifie bien que la femme ne peut plus accepter le remploi après la dissolution de la communauté.

Mais doit-elle l'accepter *in continenti* ? Non, puisque la loi ne reproduit pas, à propos de l'acceptation, les mots si clairs « lors de l'acquisition ».

Treilhard disait au Conseil d'Etat, qu'il ne fallait pas accorder à la femme le droit de « prendre arbitrairement l'immeuble destiné au remploi », et de se présenter, à la suite de la dissolution de la communauté, pour profiter seule des améliorations, après avoir laissé à la charge du mari tous les risques et toutes les avances, pendant que la communauté subsistait (1).

Pothier enseigne, que cette acceptation peut se faire *ex intervallo* (2). Il incline même à munir la femme de la faculté d'accepter le remploi, tant qu'elle n'a pas été mise en demeure de s'expliquer. Il se demande, si elle a le droit, après la dissolution du ma-

(1) Fenet, XIII, p. 562 ; Locré, XIII, p. 195.

(2) Introduction au titre X de la *Coutume d'Orléans*, chap. I, art. I, n° 20, et *Traité de la communauté*, n° 200.

riage, d'accepter pour son remploi l'acquisition de l'héritage, malgré les héritiers du mari. Il répond, que Duplessis tient la négative, parce que l'équité défend de laisser alors à la femme le pouvoir de refuser ou d'accepter le remploi selon son intérêt. Et il ajoute, que « d'autres auteurs pensent, nonobstant ces raisons », le contraire (1). Il semble bien, d'après la place à laquelle il met ce dernier système, qu'il le préfère au système adopté, non pas seulement par Duplessis, mais par Lebrun, et par Valin (2).

La Cour de Cassation juge (3), que, si rien n'oblige la femme à accepter, au moment même de l'acquisition, le remploi fait en son nom par son mari, elle ne peut utilement l'accepter que jusqu'à la dissolution du mariage, et que cette époque fixe définitivement le sort de l'acquisition. Cette décision de la Cour. concerne le régime dotal. Nous pensons, que lorsqu'il s'agit de la communauté, le droit d'accepter le remploi prend fin à sa dissolution ; car, alors, les pouvoirs de son chef cessent, et il ne peut plus être question de remploi, mais de liquidation et de partage. La jurisprudence et la doctrine se prononcent dans ce sens (4).

(1) *Traité de la communauté*, n° 200.

(2) Duplessis, *Traité de la communauté*, liv. II, chap. IV, sect. II; Lebrun, *Traité de la comm.*, liv. III, chap. II, sect. I^{re}, dist. 3, n° 67 et suiv.; Valin, *Coutume de La Rochelle*, II, p. 618.

(3) 2 mai 1859;

(4) Lyon, 25 novembre 1842. Besançon, 11 janvier 1844; Douai, 9 mars 1847; Troplong, II, n° 1126; MM. Aubry et Rau, § 507 et note 76; M. Colmet de Santerre, VI, n° 79 bis XVII; M. Laurent, XXI, n° 375; M. Guillouard, n° 488.

MM. Rodière et Pont ont sur ce point une opinion particulière. Ils allèguent (1), que, la communauté étant dissoute par la mort du mari, l'offre s'éteint avec lui ; que, lorsque les conjoints sont séparés de biens par un jugement, ou lorsque la femme seule meurt, l'offre du mari, vivant dans l'un et l'autre cas, subsiste, et la femme ou ses héritiers peuvent l'accepter ; qu'il n'y a pas là d'obstacle légal. Il nous semble, que, si l'offre s'éteint par la mort du mari, elle s'éteint aussi par la perte de sa qualité de chef de la communauté.

Quelle est la nature des remplois ?

Pothier professe que les héritages sont propres de communauté par la fiction de la subrogation, lorsqu'ils ont été acquis à la place d'un propre de communauté et pour en tenir lieu ; que la fiction de subrogation est une fiction de droit, par laquelle une chose, acquise à la place d'une autre qui a été aliénée, prend la qualité de la chose aliénée à la place de laquelle elle a été acquise et à laquelle elle est subrogée (2).

Les formes des remplois dérivent de cette idée de subrogation qui n'est plus même indiquée dans le Code.

M. Laurent insiste sur l'idée de fiction. Il affirme qu'il y a, dans le remploi comme dans l'échange, une subrogation réelle, donc une fiction légale ; qu'aux

(2) N° 668.

(1) Traité de la communauté, n° 197.

termes de l'article 1401 la communauté achète le bien, qu'elle en est donc propriétaire à la charge d'une récompense ; que telle est la « réalité des choses » ; que la loi permet aux époux d'y déroger au moyen d'une déclaration de remploi ; que l'immeuble acquis est substitué ou subrogé au propre aliéné dont il prend la nature ; que là est la fiction (1). On peut répondre qu'en vertu des articles 1434 et 1435, ce n'est pas la communauté qui achète le bien en remploi et qui en devient propriétaire, mais le conjoint bailleur de fonds. M. Laurent laisse entrevoir cette vérité, à propos de l'échange (2). Il convient qu'il est juste que l'immeuble reçu en échange d'un propre soit propre ; que « la communauté n'y a aucun droit », mais que l'équité seule n'aurait pas suffi pour faire un propre de l'immeuble reçu en échange ; que, s'il est propre, « c'est en vertu de la loi », et que « la loi consacre une fiction ». L'équité étant ici d'accord avec la loi, pourquoi refuser de voir, dans l'article 1401 d'une part, et dans les articles 1434 et 1435 de l'autre, deux règles, dont la première est générale, mais qu'il faut combiner, et dont la réunion seule fait connaître la volonté totale du législateur ? On ramène ainsi à son minimum vrai l'idée de fiction. C'est à peu près la pensée dernière, exprimée par la

(1) **XXI**, n° 359.

(2) **XXI**, n° 354.

Cour de Cassation (1). « Toutes acquisitions ou tous contrats à titre onéreux faits par le mari pendant la communauté sont, en règle générale, réputés faits pour le compte de cette dernière ; il est vrai, que, par dérogation à cette règle, certains engagements ou acquisitions, faits pendant la durée de la société conjugale, constituent des propres, et il en est ainsi notamment de l'acquisition faite ou de l'engagement contracté à titre de remploi en faveur de l'un ou de l'autre époux ; mais la dérogation est subordonnée par la loi à des conditions précises. »

La plupart des jurisconsultes recourent à l'idée intermédiaire de fiction pour l'explication des remplois. Ainsi M. M. Rodière et Pont écrivent (2), que la fiction de subrogation, opposée au principe, d'après lequel les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage tombent dans la communauté, s'applique aux immeubles acquis en remploi de propres aliénés pendant le mariage.

Marcadé se contente d'expliquer (3), que la substitution est immédiate dans l'échange, et médiate dans le remploi, mais que, dans les deux cas, le second immeuble est subrogé au premier, qu'il prend sa nature, et qu'il devient propre en son lieu et place.

D'après M. M. Aubry et Rau (4), la subrogation

(1) 20 août 1872.

(2) n° 653.

(3) 1434 et 1435, I.

(4) § 575¹ et note 10.

n'est qu'une fiction qui s'appuie sur la fongibilité des éléments d'une même universalité de droit ; partant, elle n'est possible qu'entre deux objets, dont l'un, ayant remplacé l'autre comme élément d'une pareille universalité, est réclamé en vertu d'un *judicium universale*. Ils pensent, que, s'il est question de l'exercice d'une action qui porte, non pas sur une universalité de droit ou sur les éléments qui la composent, mais sur une ou plusieurs choses particulières prises en elles-mêmes, la fiction « manque de base », et que la subrogation n'a pas lieu de plein droit ; que les propres des conjoints ne forment pas, sous le régime de la communauté, des universalités juridiques, distinctes de leurs patrimoines respectifs ; qu'en fait de propres, la subrogation ne peut pas être considérée comme une application de la règle *in judiciis universalibus, pretium succedit loco rei, et res loco pretii* ; que les dispositions légales, qui consacrent ou qui admettent la subrogation, en cette matière, paraissent s'être introduites, dans notre ancien droit, comme généralisation et comme sanction des conventions matrimoniales. M. M. Aubry et Rau reconnaissent que la fiction manque de base ». Voilà peut-être ce qu'il faut se borner à dire.

CHAPITRE VI

La communauté légale et les emplois (suite).

Les effets des emplois

La communauté est libérée ; elle n'a pas de droits sur les biens acquis en emploi. — L'acceptation de la femme rétroagit au moment de l'acquisition. — La tradition. — Le Code. — La jurisprudence. — La doctrine : trois systèmes.

La communauté se libère par le versement des deniers propres, qu'elle peut détenir. L'hypothèque de la femme s'éteint, de même que l'obligation subsidiaire du mari. La liquidation finale est ainsi très efficacement préparée, et c'est là un grand avantage des emplois.

Les conjoints, pour qui les opérations s'accomplissent, en supportent tous les risques, comme ils en ont tous les profits, et les biens acquis, corporels ou incorporels, leur appartiennent, à titre de propres, dès le principe ; la communauté n'a, sur les biens, aucun droit.

Il en est toujours ainsi pour le mari, puisque sa déclaration doit accompagner les emplois même.

Il en est ainsi pour la femme, toutes les fois qu'elle accepte les remplois immédiatement.

Mais son acceptation, postérieure à la déclaration du mari, rétroagit-elle au moment de l'acquisition ? Il y a sur ce point un débat, dans lequel nous devons entrer.

Pothier, ce grand interprète de la tradition, enseigne, que, le consentement de la femme n'étant pas encore donné, la déclaration faite par le mari dans le contrat d'acquisition, que l'héritage est acquis en remploi pour la femme, « tient en suspens l'état et la qualité de cet héritage » ; que si la femme « ratifie et consent » la déclaration du mari, les ratifications rétroagissant d'après la règle *Ratihabitio mandato æquiparatur*, l'héritage sera censé avoir été acquis en remploi dès l'instant de l'acquisition, et, en conséquence, avoir toujours été propre ; que, si, au contraire, elle refuse d'accepter le remploi, l'héritage sera conquêt (1). Donc, suivant Pothier, l'état et la qualité du bien acquis par le mari pour la femme sont en suspens, et, si la ratification a lieu, elle rétroagit à l'instant de l'acquisition, en sorte que la communauté est réputée n'avoir jamais eu aucun droit sur le bien acquis. L'idée mère de la théorie de Pothier est, que la femme peut tenir son mari pour son *negotiorum gestor*. Mais, comme cette gestion

(1) Traité de la communauté, n° 200.

d'affaires ne s'impose jamais à la femme, quelle qu'en soit l'utilité, comme la femme a le droit de prendre le parti qui lui plaît sans même alléguer le moindre motif, c'est une gestion d'affaires *sui generis*, soumise d'ailleurs au droit commun. en tant que, par la ratification, la femme s'approprie toute l'opération dès l'origine.

Retrouvons-nous cette idée dans le Code? Bérlier explique, dans la séance du Conseil d'Etat, du 13 vendémiaire an XII (6 octobre 1803) (1), que la faculté réclamée pour la femme, d'accepter le remploi après la dissolution de la communauté, aurait le désavantage de laisser longtemps dans l'incertitude la propriété, les actions des tiers, les droits acquis par les tiers à l'époque où il plairait à la femme d'accepter le remploi. Tronchet veut exiger, que l'immeuble existe encore en nature dans la communauté, et n'ait pas été hypothéqué; « car il est conquêt de communauté, tant que l'acceptation de la femme ne lui a pas donné la qualité de propre. » Cambacérès et Treilhard disent, que l'article doit être « ainsi entendu. » Voilà trois conseillers d'Etat, qui subordonnent la validité de l'acceptation de la femme à la condition que le bien, acquis en remploi, n'aura pas été aliéné, et qui s'accordent pour le considérer comme dépendant de la communauté, tant que la

(1) Locré, XIII, p. 195; Fenet, XIII, p. 563.

femme ne l'a pas accepté. Mais le texte de la loi ? Mais la tradition à laquelle le législateur se réfère, quand il n'y déroge pas expressément ? La déclaration, imposée au mari lors de l'acquisition, n'a donc aucune valeur ? L'article 1435 se confond donc avec l'article 1595 ? Ces objections sapent l'opinion de Tronchet, de Cambacérès, de Treilhard, et font comprendre que la controverse ait commencé.

La jurisprudence paraît presque ignorer notre question. A la vérité, on essaie d'y rattacher plusieurs arrêts, mais il suffit de les analyser pour constater qu'un seul détermine les effets des remplois.

Un arrêt de la Cour de cassation (1), introduit quelquefois dans le débat, concerne l'enregistrement de remplois faits pour la femme par le mari en vertu des pouvoirs qu'il tenait du contrat de mariage.

Un arrêt d'une Cour d'appel (2) constate, qu'un remploi avait été effectué avec la déclaration qu'il « aurait lieu à partir de l'acceptation de l'épouse. »

Un arrêt d'une autre Cour d'appel (3) a pour objet la vente d'immeubles du mari, faite en vertu de l'article 1595.

Un arrêt de la Cour de cassation (4) valide l'aliénation d'un propre du mari.

(1) 29 mai 1816.

(2) Agen, 23 juin 1827.

(3) Caen, 22 février 1845.

(4) 1^{er} mars 1859.

Dans un autre arrêt de la même cour, à propos d'une affaire d'enregistrement, la question que nous discutons est abordée(1). La Cour juge, qu'en déclarant l'immeuble acquis en remploi pour la femme, le mari ne stipule pas comme un mandataire ordinaire, ni comme se portant fort dans les termes de l'article 1120, puisqu'il est, en tout état de cause, directement obligé envers le vendeur, et qu'il demeure acquéreur de l'immeuble pour son propre compte en cas de refus de sa femme; mais, qu'« au point de vue de sa responsabilité » envers sa femme, il tient de la loi un mandat d'une nature particulière et d'un accomplissement subordonné à l'acceptation de l'intéressée ; que cette acceptation, postérieure à l'acquisition « rétroagit entre les époux, et sauf les droits des tiers, au jour du contrat » ; qu'elle rend la femme propriétaire à compter de cette époque ; qu'en conséquence, il ne s'opère pas de mutation de propriété, du mari à la femme, pas plus que si elle avait accepté le remploi par le contrat même.

Dans la doctrine, on trouve trois systèmes :

Premier système. — L'acceptation de la femme ne rétroagit pas à l'instant de l'acquisition. Le bien acquis dépend d'abord de la communauté. Il ne devient propre à la femme que par son acceptation. Dans aucun cas, il n'est possible d'attribuer à cette

(1) 14 janvier 1868.

acceptation un effet rétroactif, et toute concession, faite par le mari entre son acquisition ou sa déclaration et l'acceptation de la femme, reste valable après et nonobstant l'acceptation (1). C'est le système de Marcadé. C'est celui de Bugnet (2). Pour le rejeter, nous n'avons qu'à nous référer à nos réflexions sur l'opinion exprimée par Tronchet au Conseil d'Etat.

Second système. — L'acceptation de la femme rétroagit en partie. Car le mari fait à la femme, en vertu de l'article 1435, une offre, une offre *sui generis*, il est vrai, mais qui ne peut être acceptée par la femme qu'autant qu'elle subsiste, c'est-à-dire qui peut être acceptée, autant que le mari ne l'a révoquée, ni par une déclaration, ni par une aliénation volontaire, totale ou partielle, du bien proposé en remploi.

M. Guillouard (3) relève le caractère à part, que ce système donne au remploi. Il constate que l'immeuble acquis doit être traité comme un conquêt en ce qui regarde les pouvoirs du mari ; que le mari peut l'aliéner et l'hypothéquer comme un conquêt ordinaire ; mais que, si le mari n'use pas du droit de révoquer son offre, et si elle est acceptée par la femme, l'acceptation a un effet rétroactif entre le mari et la

(1) Marcadé 1434 et 1435, III.

(2) Sur Pothier, tome VII, p. 125.

(3) N° 509.

femme, de même qu'à l'égard des créanciers à hypothèque générale du mari, et qu'à l'égard du fisc.

MM. Aubry et Rau ne voient pas dans la déclaration de remploi, qui forme un des éléments de l'opération réglée par l'article 1435, une offre de cession proprement dite ; ils y aperçoivent une « proposition de substituer » la femme au bénéfice de l'acquisition ; d'où l'effet rétroactif de l'offre, lorsqu'elle n'a été révoquée, ni expressément, ni tacitement (1).

MM. Rodière et Pont pensent, que l'acquisition constitue, tant que l'acceptation n'a pas été donnée, une offre pure et simple de la part du mari, offre que ce dernier peut retirer ou modifier à sa volonté ; que, « rétroactive à l'égard du mari, l'acceptation ne le sera jamais à l'égard des tiers » ; que suivant la discussion engagée au Conseil d'Etat, « c'est dans cet esprit qu'à été conçue la disposition de la loi ».

Nous ne pouvons pas admettre ce second système. D'après les termes de la déclaration légale, « l'acquisition est faite pour servir de remploi » à la femme. Une analyse exacte de ces mots y montre, non pas une offre de cession, non pas une proposition de substituer la femme au bénéfice de l'opération, mais une acquisition directe au profit de la femme. Et, à supposer qu'une substitution ait lieu, ce ne peut être que celle de la communauté à la femme qui n'accepte pas le remploi.

(1) § 507, note 77.

Troisième système. — L'acceptation de la femme rétroagit au moment de l'acquisition.

« L'opération, écrit M. Labbé (1), doit être analysée, non pas comme une dation en paiement, mais comme une gestion d'affaires, et en suivre toutes les règles. Telle était la théorie de l'ancienne jurisprudence, à laquelle notre loi s'est conformée.... Le remploi proprement dit au profit de la femme, celui que l'article 1435 prévoit, s'opère au moyen d'une acquisition, que le mari fait comme gérant d'affaires de sa femme, lors de laquelle le mari doit déclarer le but du remploi et l'origine des deniers employés au paiement du prix. Si la femme accepte ensuite, elle prend l'acquisition pour elle, et est censée avoir été propriétaire dès le principe. »

« Le bien n'est pas plus inaliénable, écrit aussi M. Colmet de Santerre (2), que n'était le propre de la femme autrefois aliéné, ou que ne le serait le bien acquis en remploi, si la femme avait accepté le remploi. Il est moins inaliénable, au contraire, puisque si la femme n'accepte pas le remploi, la communauté aura été propriétaire, et les actes du mari seront valables. Enfin, les tiers ne sont pas menacés par la rétroactivité possible du droit de la femme, parce qu'ils sont prévenus, par la déclaration insérée dans l'acte d'acquisition, de la réserve faite en faveur de

(1) De la ratification des actes d'un gérant d'affaires, n^s 96 et 100.

(2) Tome VI, 79 bis, XVI.

celle-ci, et que, s'ils tiennent à assurer la validité des actes qu'ils font avec le mari, ils n'ont qu'à exiger l'intervention de la femme, comme ils exigeraient son consentement, s'il s'agissait de l'aliénation d'un propre ».

M. Laurent estime (1) que le mari agit comme mandataire légal de la femme; que, le mandat légal, dans l'espèce, étant une suite de la puissance du mari et de la subordination où la femme est placée sous le régime de la communauté, ce n'est pas un mandat tout à fait libre; qu'en conséquence, la loi n'a pas pu considérer tout ce que fait le mari comme fait par la femme; qu'il se peut que l'immeuble acquis par le mari ne convienne pas à la femme; qu'il est donc juste qu'elle ne soit pas forcée de l'accepter.

Il nous semble que le Code s'empare de l'idée traditionnelle d'une gestion d'affaires, et la complète. En reconnaissant que le mari, chef de la communauté débitrice, et agissant pour elle, a le droit d'agir en même temps pour la femme, il transforme la gestion d'affaires en un mandat légal. C'est en vertu de ce mandat que le mari fait une déclaration de remploi, laquelle *suffit à la condition* d'être acceptée, et les effets de la condition accomplie remontent au moment de la déclaration et de l'acquisition.

(1) Tome XXI, n° 371.

CHAPITRE VII

La séparation de biens judiciaire et les remplois

Notre loi et l'ancien droit. — La justice autorise la vente, et le mari y reste tout à fait étranger. — La justice autorise la vente, et le mari y consent. — La justice autorise la vente, et les deniers sont reçus par le mari ou ils tournent à son profit. — Le mari consent à la vente. — Les principes précédents s'appliquent aux meubles comme aux immeubles.

Quatre cas sont prévus dans l'article 1450. « Le mari n'est point garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble que la femme séparée a aliéné sous l'autorisation de la justice, à moins qu'il n'ait concouru au contrat, ou qu'il ne soit prouvé que les deniers ont été reçus par lui, ou ont tourné à son profit. Il est garant du défaut d'emploi ou de remploi, si la vente a été faite en sa présence et de son consentement; il ne l'est point de l'utilité de cet emploi. » La justice autorise la vente, et le mari y reste tout à fait étranger. La justice autorise la vente et le mari y concourt. La justice autorise la vente, et les deniers

sont reçus par le mari ou ils tournent à son profit. Le mari consent à la vente. Tels sont les quatre cas.

Demandons à Pothier ce qui lui paraît la substance de l'ancien droit dans cette matière. Il nous répond, que, si une femme vend un héritage ou reçoit le rachat d'une rente après la séparation, le mari qui l'autorise est tenu du remploi du prix, tant envers la femme qu'envers les héritiers de la femme, lorsqu'il est suspect d'en avoir profité, et que c'est là ce qui se présume à défaut de remploi ; que, dans l'espèce de deux arrêts favorables au remploi, le mari était suspect d'avoir profité du prix (1).

Dans notre droit, à supposer que la justice autorise la vente, et que le mari y reste complètement étranger, le mari n'est pas garant du défaut de remploi.

C'est la règle générale établie par la loi. Il ne peut y avoir, dans ce cas, aucune difficulté d'interprétation.

La justice autorise la vente, et le mari y concourt : l'autorisation du mari est inutile, puisque la justice a donné la sienne. On peut penser, que la loi s'inspirant de la tradition française et du bon sens, veut garantir la liberté de la femme contre l'action tardive, peut-être intéressée et toujours prépondérante, du mari, et, qu'elle l'oblige, pour ce motif, s'il s'ingère

(1) Traité de la Communauté, n° 605.

dans l'opération, à la conduire à son terme normal, c'est-à-dire au remploi. On peut penser aussi avec la Cour de Cassation (1), que le principe de l'article 1450 dérive de la nature même de la société conjugale et des rapports des époux entre eux ; que la responsabilité du mari est la conséquence légitime de l'autorité qui lui est attribuée par l'article 217 et des devoirs de surveillance et de protection qu'elle lui impose.

Quoi qu'il en soit, le mari, concourant à une aliénation faite par la femme en vertu d'une autorisation judiciaire, est par cela même constitué garant du défaut de remploi du prix, et la loi ne lui réserve pas la faculté d'établir que la femme a profité des deniers.

Le mari n'est pas garant de l'utilité du remploi. Pour notre cas, y a-t-il un texte ? Le second alinéa de l'article 1450 contient une dispense de garantie, mais c'est le second alinéa, et notre cas est visé par le premier. Il est vrai que le premier ne soumet le mari qu'à la garantie du défant de remploi. Le second alinéa, d'ailleurs, plutôt que le premier, paraît avoir une portée générale. Et, en somme, puisque le remploi ne se fait qu'avec le consentement de la femme, il est équitable que ce soit elle qui ait la charge des risques.

La justice autorise la vente, et les deniers sont reçus par le mari ou ils tournent à son profit : le mari

(1) 27 avril 1852.

est garant du défaut de emploi. Pourquoi ? Parce qu'il ne doit pas s'enrichir aux dépens de la femme.

Et, pour les motifs déjà indiqués, il n'est pas garant de l'utilité du emploi.

La loi demande, qu'il « soit prouvé que les deniers ont été reçus » par le mari « ou ont tourné à son profit ». La femme peut prouver ces faits, même par témoins ou par présomptions : car il est moralement impossible qu'elle exige de son mari une quittance (1).

Si le mari consent à la vente, il est garant du défaut de emploi ; il n'est pas garant de l'utilité du emploi.

Mais le mot « présence », inséré dans l'article 1450, doit-il être interprété étroitement ?

Nous pensons, qu'il n'est pas nécessaire que le mari ait assisté, en personne, à la vente, pour être tenu de garantir le emploi du prix : il suffit, pour cela, qu'il ait donné son autorisation.

Nous savons, que tel est l'esprit de la tradition (2).

La Cour de Cassation déclare (3), qu'aux termes de l'article 1450, le mari est garant du défaut d'emploi du bien dotal aliéné avec son concours, et que l'autorisation donnée par lui à cette aliénation

(1) Rodière et Pont, n° 2212 ; Aubry et Rau, § 516 et note 74 ; Laurent, XXI, 327.

(2) Pothier, *Traité de la Communauté*, 605.

(3) 1^{er} Mai 1848.

suppose son concours, soit qu'il ait été présent à l'acte, soit qu'il n'y ait pas assisté.

Un grand nombre de jurisconsultes entendent la loi dans ce sens large : entre autres, Troplong, Rodière et Pont, Benech, MM. Aubry et Rau, M. Colmet de Santerre (1).

Un certain nombre de jurisconsultes, et, parmi eux, Marcadé et M. Laurent s'attachent à l'acceptation stricte de « présence » (2). M. Laurent allégué que les auteurs du Code civil n'ont pas reproduit la condition de suspicion, sans doute comme trop vague, comme prêtant trop à l'arbitraire du magistrat; qu'ils y ont substitué la condition de présence au contrat de vente, « fait matériel qu'il est facile de constater »; que rien ne permet d'interpréter la loi en ce sens que le mari soit présumé avoir profité du prix; que le mari est responsable, s'il est présent.

Les principes précédents s'appliquent aux meubles comme aux immeubles. L'article 1450, étant porté sous la rubrique « Communauté légale », ne vise que les immeubles. Mais les règles qu'il pose régissent les aliénations de meubles pour les motifs mêmes, qui y font soumettre les aliénations d'immeubles, savoir : la défiance inspirée au législateur par le mari, peut-

(1) Troplong, II, 1447; MM. Rodière et Pont, 230; Benech, 145; MM. Aubry et Rau, § 516 et note 72; M. Colmet de Santerre, VI, 102 bis III.

(2) Marcadé, 1450, I; M. Laurent, XXII, 329.

être même l'incapacité de la femme. C'est en se fondant sur cette incapacité, que la Cour de Cassation applique (1) aux « ventes mobilières » aussi bien qu'aux « ventes immobilières » la règle, d'après laquelle le mari est garant du défaut de emploi, si l'aliénation est faite en sa présence et de son consentement.

(1) 25 avril 1882.

CHAPITRE VIII

La communauté conventionnelle et les emplois.

Double principe. — Les emplois des propres de la femme peuvent être obligatoires pour le mari. — Les emplois des propres de la femme peuvent être obligatoires pour les tiers.

Deux principes gouvernent les emplois dans la communauté conventionnelle.

Le premier, c'est que les règles de la communauté légale doivent être observées, lorsqu'elles ne sont pas modifiées certainement par les conventions des parties. Ce principe est écrit dans l'article 1528. « La communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale, pour tous les cas auxquels il n'y a pas été dérogé implicitement ou explicitement par le contrat ».

Le second principe, c'est que, les bonnes mœurs et l'ordre public étant saufs, le Code autorise toutes les combinaisons, et que les époux peuvent faire des « conventions spéciales », en vertu de l'article 1387, « comme ils le jugent à propos ». Tout au plus, la loi

exige-t-elle, pour ce qui touche le régime dotal, une déclaration expresse, mais non pas conçue en des termes sacramentels. La liberté des contractants est, en somme, complète.

Les remplois des propres de la femme peuvent-ils être obligatoires pour le mari ?

La clause, qui les rend obligatoires pour le mari à l'égard de la femme, n'a rien de contraire à l'ordre public. Il suffit qu'elle soit expresse, et elle donne à la femme une action contre le mari (1).

Elle peut résulter, suivant l'opinion commune, de la fixation d'un délai (2).

Lorsqu'il est convenu que les premières acquisitions immobilières serviront de remploi, un mandat est conféré par la femme au mari, mais quelle en est, au juste, l'étendue ? Cette étendue est telle, ce nous semble, que l'acceptation de la femme est inutile (3), et que la déclaration de remploi est nécessaire seulement à l'égard des tiers (4).

Les remplois des propres de la femme peuvent être obligatoires pour les tiers. Mais il faut, pour cela, que

(1) M. M. Rodière et Pont, 695 ; M. M. Aubry et Rau, § 507 et note 79 ; M. Colmet de Santerre, VI, 79 bis IV ; M. Laurent, XXI, 384 ; M. Guillouard, 501 ; contra, Troplong, II, 1075.

(2) M. M. Rodière et Pont, 695 ; M. M. Aubry et Rau, § 507 et note 80 ; M. Laurent, XXI, 385.

(3) Toullier, XII, 363 ; Duranton, XIV, 430 ; Troplong, II, 1138 ; M. Laurent, XXI, 391 ; en sens contraire, M. M. Rodière et Pont, 689.

(4) M. M. Aubry et Rau, § 507 et note 84.

le contrat de mariage vise les tiers expressément. La Cour de cassation décide (1), que si la clause de remploi des biens propres n'engendre pas, de plein droit, pour les tiers, l'obligation de surveiller le remploi, il doit en être autrement lorsque cette obligation de surveiller le remploi leur est imposée par une clause expresse et spéciale du contrat de mariage; qu'une telle clause n'a rien de contraire aux lois et aux mœurs, puisque l'obligation qu'elle impose est de droit sous le régime dotal; que les tiers ne peuvent pas s'en plaindre, puisqu'en achetant les biens de la femme, ils ont eu connaissance de son contrat de mariage et accepté ainsi tacitement l'obligation de surveiller le remploi. La même Cour avait rendu, toutes chambres réunies, un arrêt dans lequel elle expliquait que la femme, qui veut modifier, par une clause de dotalité partielle, le régime de la communauté, doit en faire, dans le contrat, la déclaration expresse; que, si aucune formule sacramentelle n'est prescrite, l'intention doit toujours être assez clairement énoncée, pour qu'aucun doute ne puisse tromper les tiers (2).

Cette doctrine est admise par MM. Rodière et Pont, par MM. Aubry et Rau, par M. Colmet de Santerre, par M. Laurent (3). « Nous croyons, ... qu'il faudrait

(1) 19 juillet 1865.

(2) 8 juin 1858.

(3) MM. Rodière et Pont, 700; MM. Aubry et Rau, 510 et note 13; M. Colmet de Santerre, VI, 79 *bis*, VI; M. Laurent, XXI, 389.

encore là tenir compte du principe de la liberté des conventions, dit M. Colmet de Santerre, et, quand il serait constant que les parties ont voulu introduire dans le régime de communauté cette règle du régime dotal, traiter les tiers comme chargés de veiller au remploi. Une disposition formelle du contrat imposant aux acquéreurs de propres l'obligation de veiller au remploi devrait être appliquée même aux tiers, car ceux-ci auraient été prévenus par le contrat de mariage de la condition à laquelle la femme avait subordonné d'avance son consentement à l'aliénation de ses propres. Il faudrait du reste réserver là l'application de la loi de juillet 1850, et considérer la femme comme capable de contracter aux termes du droit commun, c'est-à-dire d'aliéner ses propres sans remploi, quand l'acte de mariage constaterait la déclaration des époux qu'ils n'avaient pas fait de contrat de mariage ».

La simple clause de remploi, dans laquelle il n'est pas fait mention des tiers, n'est opposable qu'au mari. C'est l'opinion de MM. Rodière et Pont, de M. Colmet de Santerre, de M. Laurent (1). C'est la décision de la Cour de cassation (2) : « en dehors du régime dotal, et spécialement sous le régime de la communauté, la dot de la femme étant aliénable, et restant, à cet

(1) MM. Rodière et Pont. I, 696; M. Colmet de Santerre, VI, 79 bis V; M. Laurent, XXI, 387.

(2) 1^{er} mars 1859.

égard, sous l'empire du droit commun, la simple stipulation d'emploi ou de remploi dans l'intérêt de la femme est une garantie contre le mari seulement, sans effet contre les tiers. »

La clause de remploi, même opposable aux tiers, implique-t-elle l'inaliénabilité du bien qui en fait l'objet? Cette question équivaut à celle-ci : l'inaliénabilité, la dotalité, d'un bien, peut-elle être établie autrement que par une déclaration expresse? L'article 1392 nous oblige à répondre non (3).

(3) Dans ce sens, Cassation, 29 décembre 1841, 28 août 1847, 13 fév. 1850, 6 novembre 1854; Lyon, 11 juillet 1857; Cassation, chambres réunies, 8 janvier 1858; Cassation, 1^{er} mars 1859; Lyon, 14 janvier 1868; Troplong, 1076 à 1085; Rodière et Pont, 696; Aubry et Rau, § 533, note 10; Laurent, XXI, 128. Dans le sens contraire, Odier, I, 316; Lyon, 31 mars 1840; Caen, 21 février 1845; Caen, 27 décembre 1850; Caen, 8 avril 1867.

CHAPITRE IX

Le régime sans communauté et les emplois.

L'article 1450 s'étend au régime sans communauté, qui emprunte, d'ailleurs, les autres règles des emplois au régime de la communauté légale.

L'article 1450 est rattaché au régime sans communauté par Duranton, par Zachariæ, par Rodière et Pont (1). Ces derniers estiment, que le mari est manifestement tenu de veiller au emploi, lorsqu'il autorise l'aliénation des biens de la femme, ou qu'il assiste seulement au contrat; « l'article 1450 est alors applicable par majorité de raison ». Aubry et Rau (2), d'accord en cela avec Odier (3), pensent même, que « la responsabilité du mari est ici beaucoup plus étendue qu'au cas de séparation de biens ». La Cour de cassation affirme, qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre l'aliénation des propres de la femme, soit dans le régime sans communauté ou de la séparation de biens,

(1) Duranton, XV, 305; Zacharie, 531; Rodière et Pont, 2083.

(2) 531 et note 9.

(3) II, 962.

soit après la séparation judiciaire qui succède à la communauté, et l'aliénation des paraphernaux de la femme dans le régime dotal; qu'en effet le principe de l'article 1450, quoique inséré sous la rubrique de la communauté, n'est pas « particulier à ce régime »; qu'il dérive de la nature même de la société conjugale et des rapports des conjoints entre eux (1). Il est bon de rappeler, qu'il y avait, dans le projet de la Commission du Gouvernement, un article 124 ainsi rédigé; « Le mari n'est garant du défaut de remploi du prix des immeubles vendus par la femme non commune ou séparée contractuellement que dans les mêmes cas où il l'est à l'égard de la femme séparée par justice. »

Par cela même que l'article 1450 doit être transporté dans le régime sans communauté, on peut dire que les autres règles des remplois, telles qu'on les trouve dans le régime de la communauté légale, y ont aussi leur place. On peut ajouter, que ces règles forment le « droit commun de la France »; que le régime sans communauté a son origine dans les Coutumes; qu'il sort « de la clause d'exclusion de communauté » rangée par Pothier dans le chapitre « De la communauté conventionnelle et des différentes conventions qui interviennent par rapport à la communauté » (2); que, dans le texte préparé par la Com-

(1) 27 avril 1852.

(2) *Traité de la communauté*, 461 à 463.

mission du Gouvernement, dans le texte présenté au Conseil d'Etat le 6 vendémiaire an XII (29 septembre 1803), dans le Code même, notre régime et les pactes relatifs à la communauté sont portés sous les mêmes rubriques.

CHAPITRE X

Le régime de la séparation de biens et les emplois.

Il n'y a pas de différence entre la séparation contractuelle et la séparation judiciaire, en ce qui concerne les emplois.

La disposition de l'article 1450 est appliquée au régime de la séparation de biens par Duranton, par Troplong, par Bellot des Minières, par Benech, par Marcadé, par Demolombe, par Aubry et Rau, par Rodière et Pont, mais non par Odier (1). Troplong fait observer que la séparation conventionnelle, imaginée pour soustraire les propres de la femme au pouvoir du mari, manquerait son but, si le système d'Odier était suivi. Les biens de la femme seraient compromis ; elle perdrait le bénéfice du emploi, si efficace pour la préserver de la ruine. On objecte, en vain, que la loi est tenue de prendre plus de précautions contre le mari séparé de biens judiciairement

(1) Duranton, *xv*, 316 ; Troplong, *iii*, 1457 ; Bellot des Minières, *iv*, p. 302 ; Benech, 145 ; Marcadé, 1450, *iii*, et 1538, *i* ; Demolombe, *Rev. crit.*, t. *i*, p. 334 ; Aubry et Rau, 532 ; Rodière et Pont, 2215 ; Odier, *ii*, 985 et 986.

que contre celui qui accepte le régime de la séparation. Une Cour répond (1) que la disposition de l'article 1450 se réfère évidemment à la séparation contractuelle, autant qu'à la séparation judiciaire ; que le législateur veut prévenir chez le mari la volonté d'abuser de son ascendant pour empêcher le remploi du prix des immeubles aliénés par la femme. Nous avons vu, au chapitre IX, la Cour de Cassation se prononcer dans ce sens (2).

Ici encore, il faut se rappeler que le régime de la communauté légale constitue le « droit commun », et doit, par conséquent, fournir, pour les remplois, les règles qui se concilient avec l'article 1450, et qui, du reste, y sont impliquées. Il faut aussi considérer la nature des deux séparations, et reconnaître qu'il n'y a pas de différences entre l'une et l'autre, abstraction faite de l'irrévocabilité du contrat et de la contribution aux charges du mariage (3). Telle est la doctrine traditionnelle (4).

(1) 25 janvier 1860.

(2) *Contra*, Toulouse, 15 mai 1834.

(3) Aubry et Rau, 532 et 499 ; Durauton xv, 306 ; Troplong, 2287.

(4) Pothier, *Traité de la communauté*, 465.

CHAPITRE XI.

Le régime dotal et les remplois.

Les règles, qui gouvernent les remplois sous le régime de la communauté, passent, en principe, dans le régime dotal, où elles subissent les modifications qu'impose la nature du régime. — Les remplois des immeubles dotaux, aliénés en vertu d'une autorisation judiciaire, ou par l'effet d'une prescription légale, sont obligatoires pour le mari. — Les remplois des immeubles dotaux, aliénés en vertu d'une autorisation judiciaire ou par l'effet d'une prescription légale, sont obligatoires pour les acquéreurs. — Les remplois des immeubles dotaux, aliénés en vertu d'une autorisation judiciaire ou par l'effet d'une prescription légale, doivent être faits en immeubles ou en rentes sur l'Etat. — Les immeubles et les rentes sur l'Etat, acquis en emploi des immeubles dotaux, aliénés judiciairement ou par l'effet de la loi, sont dotaux. — Les dispenses conventionnelles de remplois, et les remplois conventionnels. — L'obligation de faire les remplois subsiste après la séparation de biens, qui, d'ailleurs, ne peut pas créer cette obligation.

Le silence de la loi en cette matière (articles 1553, 1558, 1559) laisse au droit commun toute sa force, et

nous savons, que le droit commun, ici, doit être cherché dans le régime de la communauté légale. « A défaut de stipulations spéciales qui dérogent au régime de la communauté ou le modifient, les règles établies dans la première partie du chapitre II formeront le droit commun de la France » (article 1393).

La loi elle-même fait l'application de ce principe dans l'article 1563 : « Si la dot est mise en péril, la femme peut poursuivre la séparation de biens, ainsi qu'il est dit aux articles 1443 et suivants », donc à l'article 1450, lequel implique, en la complétant, la théorie générale des remplois.

Le régime dotal se réfère d'ailleurs à cet article 1450, en ce qui touche les paraphernaux. Siméon montrait au Corps Législatif la réserve des paraphernaux comme « une séparation limitée » (1). La Cour de Cassation juge, que la femme mariée sous le régime dotal, étant placée pour ses paraphernaux, dans des conditions parfaitement semblables à celles où se trouve la femme séparée en ce qui concerne ses propres, il ne peut y avoir, ni en équité, ni en droit, aucun motif de lui refuser, pour le prix de ses paraphernaux aliénés avec l'assistance et le consentement de son mari, la garantie qui lui est accordée expressément, dans des circonstances identiques, par les articles 1450 et 2135, pour le prix de ses propres alié-

(1) Locré, XIII, p. 472.

nés au cas de séparation (1). Voilà pour les paraphernaux.

De même, les biens meubles dotaux sont soumis aux règles ordinaires des remplois, qui se combinent, là aussi, avec l'article 1450, puisqu'il n'y a pas de communauté entre les conjoints, et que le mari a l'usufruit et l'administration de ces meubles, comme il les aurait sous le régime sans communauté. Les remplois des immeubles dotaux obéissent aux mêmes règles, tirées du droit commun et de l'article 1450, mais modifiées, lorsque la loi autorise ou commande une aliénation, par la nécessité d'un remploi en d'autres biens de la même nature.

L'historique de la rédaction du Code conduit à cette manière de voir. Le titre « du contrat de mariage », présenté au Conseil d'Etat le 29 septembre 1803 (6 vendémiaire an XII), comprend trois chapitres relatifs, le premier aux « dispositions générales », le second à « la communauté légale », et le troisième aux « conventions qui peuvent modifier la communauté légale ou l'exclure totalement ». Ce dernier chapitre est divisé en deux sections, qui traitent, la première des modifications de la communauté légale, et la seconde « des conventions exclusives de toute communauté et de leurs effets ». La communauté est exclue : « 1^o par la clause portant, que tous les biens de la femme lui seront dotaux ; 2^o par la stipu-

(1) 27 avril 1852.

lation qu'ils lui seront tous paraphernaux; 3° par la déclaration formelle, que les époux se marient sans communauté; 4° par la clause exprimant, que les époux sont séparés de tous biens; 5° par la disposition mixte, qui, embrassant la totalité des biens de la femme, stipule les uns dotaux et les autres paraphernaux ».

Le 6 octobre suivant, le Conseil, en rétablissant le principe de l'inaliénabilité des biens dotaux, principe que la section de législation avait supprimé, décide, que les règles du régime dotal seront développées dans un chapitre à part. Mais il n'est pas moins vrai (article 1393), que, s'il y a des lacunes, on doit les combler en recourant au chapitre de la communauté, duquel le nouveau chapitre est sorti, dans lequel il était, pour ainsi dire, en germe.

C'est la méthode que suit la Cour de cassation; appelée à déclarer, s'il est nécessaire que la femme accepte les remplois, elle prononce (1), qu'en stipulant dans un contrat de mariage, aux termes duquel le régime dotal est adopté, l'emploi de la dot en immeubles, on ne déroge pas « aux principes du Code en matière de remploi; que le mandat, conféré au mari, ne peut pas faire que, contrairement à l'article 1435 du Code, le remploi soit valable sans l'acceptation de la femme. La Cour avait déjà reconnu (2),

(1) 12 juin 1865.

(2) 2 mai 1859.

que la femme est appelée à accepter le remploi de valeurs mobilières fait pour elle par le mari, et que ce principe, écrit dans l'article 1435, au chapitre de la communauté, s'applique au régime dotal (1).

Aubry et Rau professent, que, dans les hypothèses mentionnées aux articles 1553, 1558 et 1559, « l'acquisition faite en remploi de deniers dotaux ne devient elle-même dotale que moyennant l'accomplissement des conditions prescrites par les articles 1434 et 1435 »; que, « sous le régime dotal, comme sous celui de la communauté, l'efficacité du remploi est subordonnée aux conditions indiquées par les articles 1434 et 1435 » (2).

Les remplois des immeubles dotaux, aliénés en vertu d'une autorisation judiciaire ou par l'effet d'une prescription légale, sont-ils obligatoires pour le mari ? Oui.

Il s'agit des ventes permises par la justice « pour fournir des aliments » aux enfants des conjoints, à leurs père et mère et autres ascendants, à leurs beaux-pères, à leurs belles-mères restées veuves, ou « pour payer les dettes de la femme ou de ceux qui ont constitué la dot, lorsque ces dettes ont une date certaine

(1) En ce sens : Bourges, 1^{er} février 1831 ; Toulouse, 13 août 1841 ; Agen, 20 juillet 1858 ; Pau, 29 février 1860 ; Marcadé, 1551 à 1553, III ; Troplong, IV, 3198 et 3429 ; M. Colmet de Santerre, VI, 225 bis, VIII ; Benech, 41 et 92 ; Sériziat, *Du régime dotal*, 117 ; Benoit, *De la dot*, I, 110.

(2) 534 et 537, note 88.

antérieure au contrat de mariage », ou « pour faire de grosses réparations indispensables pour la conservation de l'immeuble dotal », ou « lorsque cet immeuble se trouve indivis avec des tiers et qu'il est reconnu impartageable » (article 1558).

Il s'agit aussi des échanges autorisés par la justice (article 1559).

Il s'agit des expropriations pour cause d'utilité publique (article 13 de la loi du 3 mai 1841).

Il s'agit des expropriations imposées par la loi en faveur de particuliers, telles que les cessions de mitoyennetés et les créations de passages en cas d'enclaves.

Le Code (articles 1558 et 1559) ordonne l'« emploi », « au profit de la femme », de l'excédant des prix de ventes « au-dessus des besoins reconnus », et de l'excédant des soultes d'échanges.

Le remploi des indemnités, dues par suite d'expropriations pour cause d'utilité publique, est réglé judiciairement. « Le tribunal, dit la loi du 3 mai 1841 dans son article 13, ordonne les mesures de conservation ou de remploi qu'il juge nécessaires. »

Il n'y a pas de texte qui vise la destination des prix de mitoyennetés et de passages. Mais la nature même du régime dotal les soumet au remploi.

Qui est obligé d'y procéder dans ces divers cas ? Le mari administrateur et usufruitier. La femme peut

l'y contraindre, avant la dissolution du mariage, avant la séparation de biens. La Cour de Cassation déclare (1), qu'il n'en est pas du remploi sous le régime dotal comme du remploi sous le régime de la communauté ; que la femme peut exiger le premier, sans attendre la dissolution du mariage ou la séparation de biens ; qu'avant l'un ou l'autre de ces événements, elle n'a pas l'exercice des actions dotales, et ne peut faire révoquer les aliénations de ces biens, qui auraient eu lieu hors des cas où elles étaient autorisées ; mais qu'on ne peut pas lui refuser le droit de réclamer de son mari l'exécution d'une des clauses de son contrat de mariage, d'où il est possible que dépende la conservation de sa dot. Le tribunal a le droit de fixer, un délai, dans lequel le mari devra faire le remploi, et, s'il ne le fait pas, d'autoriser la femme à recevoir le prix et à le remployer. Ce procédé n'est pas interdit par l'article 1560, car il tend à consolider l'aliénation (2).

Si le mari n'effectue pas le remploi, peut-il demander la nullité du paiement ? Non, répond une Cour (3), parce qu'il est tenu, plus directement encore que le tiers, de faire le remploi exigé par les conventions matrimoniales, et qu'il ne doit pas se prévaloir de sa propre faute pour obtenir une seconde fois le

(1) 20 décembre 1852.

(2) Dans ce sens : Caen, 2 août 1851 ; Troplong, 1112 ; Aubry et Rau, 537, et note 75.

(3) Grenoble, 28 juillet 1865.

paiement de la même dette. La Cour ajoute, que, d'ailleurs, jusqu'à la séparation de biens ou jusqu'à la dissolution du mariage, le mari est obligé d'opérer le remploi, et que son action en nullité du paiement rencontre l'exception *quem de evictione* (1).

Les remplois des immeubles dotaux, aliénés en vertu d'une autorisation judiciaire ou par l'effet d'une prescription légale, sont obligatoires pour les acquéreurs (2). L'aliénation des immeubles dotaux ne peut avoir lieu que dans les cas et aux conditions prévus par la loi. Une de ces conditions est le remploi des capitaux disponibles. A défaut de remploi, l'aliénation n'est pas valable (3). Aubry et Rau pensent que les acquéreurs sont exposés simplement à payer le prix une seconde fois, si le remploi n'a pas été fait ; car ce remploi « constitue... une simple obligation, qui résulte accidentellement d'une aliénation régulièrement consommée, et dont l'inexécution ne peut dès lors réagir sur la validité de cette aliénation ».

La responsabilité des acquéreurs les autorise à refuser le paiement de leur prix, si les conjoints ne justifient pas d'un remploi intégral et régulier. C'est la conclusion acceptée par la jurisprudence (4),

(1) Ainsi : Cassation, 29 janvier 1822 ; Aubry et Rau, 537. et note 91.

(2) Bellot, IV, p. 145 ; Sériziat, 172 ; Toulhier, V, p. 322 et 323 ; Odier, III, 1314 ; Rodière et Pont, 1848. Contra, Duranton, XV, 516.

(3) Marcadé. 1558, VI ; Tessier, I, p. 237 ; Sériziat, 172.

(4) Paris, 9 juillet 1828 ; Montpellier, 13 mai 1831 ; Cassation, 12 décembre 1833 ; Agen, 5 février 1841 ; Cassation, 25 avril 1842 ; Bordeaux, 1^{er} décembre 1847.

et par la plupart des jurisconsultes (1).

Les acquéreurs peuvent consigner le prix, mais ils restent tenus d'en surveiller le emploi, puisque le emploi est un des éléments constitutifs de la validité de l'aliénation (2). On a prétendu à tort, que les offres réelles, suivies de consignation, « libèrent » les acquéreurs, en vertu de l'article 1257, second alinéa, même de l'obligation de contrôler le emploi dont la surveillance, d'ailleurs, est confiée, dit-on, à la justice par les dispositions suivantes de la loi des 18-29 décembre 1790 (titre 2, article 4) : «... les maris, dans les pays où les dots sont inaliénables, même avec le consentement des femmes, ne pourront liquider les rachats des rentes ou redevances foncières appartenant... aux dites femmes mariées, qu'en la forme et aux taux ci-après prescrits, à la charge de emploi. Le redevable, qui ne voudra point demeurer garant du emploi, pourra consigner le prix du rachat, lequel ne sera délivré aux personnes qui sont assujetties au emploi, qu'en vertu d'une ordonnance du juge, rendue sur les conclusions du commissaire du roi, auquel il sera justifié du emploi ». Benech affirme gratuitement, que ces dispositions lui « paraissent

(1) Duranton, xv, 485 et 486; Benech, 115; MM. Aubry et Rau, 537 et note 95; M. Colmet de Santerre, vi, 229 bis iv; M. Laurent, xxiii, 520.

(2) Cassation, 12 mai 1857; Bordeaux, 4 février 1830; Nîmes, 11 juin 1836; Caen, 26 janvier 1872; Aubry et Rau, 537 et note 96.

devoir constituer le droit commun de la matière » (1).

C'est après la dissolution du mariage ou après la séparation de biens, que la femme ou ses héritiers ont le droit de demander la nullité de la vente, de l'échange ou de l'expropriation, si le emploi n'a pas eu lieu. L'article 1560 ne leur permet pas d'agir auparavant. Après la dissolution du mariage, les acquéreurs ne peuvent plus prévenir les effets de cette action révocatoire, en offrant de payer le prix une seconde fois (2). Après la séparation de biens, le emploi étant encore possible, l'offre du paiement ou d'un nouveau paiement, si le mari a déjà dissipé le prix, paralyse l'action de la femme. En effet, l'administration subsiste, elle a seulement changé de mains; le régime dotal subsiste; la loi, par conséquent, ne se borne pas à tolérer le emploi, si l'aliénation, est d'ailleurs régulière : elle le commande. C'est la prescription, qui résulte de la nature même du régime dotal, comme des articles 1558 et 1559, et qui n'est modifiée, ni par l'article 1560, ni par un texte quelconque. Cette décision est celle de la Cour de Cassation, de quelques Cours d'Appel, de Sériziat, de Rodière et Pont, d'Aubry et Rau (3). Elle est rejetée

(1) Numéro 60. Dans le même sens, Duranton, xv, 486.

(2) Troplong, vi, 3404 à 3406; Benech, 99; Aubry et Rau, 537 et note 93.

(3) Cassation, 20 juin 1853; Bordeaux, 21 août 1848; Caen, 30 avril 1849, et 31 mai 1870; Sériziat, 119; Rodière et Pont, 1844; Aubry et Rau, 537 et note 85.

par Benech, par Troplong, et par plusieurs Cours d'appel (1). Les partisans du second système soutiennent que le remploi est un des actes de l'administration des immeubles dotaux, dont le mari a la charge; que la fin de l'administration donne naissance à l'action révocatoire de la femme, dont le droit ainsi acquis ne peut pas être supprimé par l'offre du prix. Ils laissent à la femme, au reste, la faculté de faire le remploi, et cette concession anéantit leur système.

Si le remploi est insuffisant, ou s'il expose la femme au péril d'une éviction, elle a le droit de demander la nullité de l'aliénation (2).

Les remplois des immeubles dotaux, aliénés en vertu d'une autorisation judiciaire ou par l'effet d'une prescription légale, doivent être faits en immeubles ou en rentes sur l'Etat.

L'inaliénabilité des immeubles dotaux, telle qu'elle ressort de l'article 1554 combiné avec l'article 1395 et avec les articles 1558 et 1559, implique l'obligation de remployer en immeubles les capitaux qui en proviennent, et qui restent disponibles, à la suite des aliénations permises par la justice ou imposées par la loi. Le décret du 16 janvier 1808, en assimilant

(1) Benech, 88 ; Troplong, IV, 3419 ; Toulouse, 22 décembre 1834 et 14 juillet 1852 ; Rouen, 19 mars 1840 ; Limoges, 21 août 1840 ; Lyon, 25 novembre 1842 et 24 mars 1847.

(2) Cassation, 12 mai 1840 ; Caen, 3 décembre 1846 ; Bordeaux, 1^{er} décembre 1847 ; Riom, 27 mai 1850 ; Cassation, 2 août 1853 ; Limoges, 14 janvier 1862 ; Benech, 62 et 114 ; Troplong, IV, 3424 ; Rodière et Pont, 1845 ; Aubry et Rau, 537, notes 94 et 97.

aux immeubles les actions immobilières de la Banque de France, les a « soumises au Code civil... comme les propriétés foncières ». Ces règles, sur la nature des biens, qui peuvent être acquis en remploi d'immeubles dotaux, sont suivies par la jurisprudence et par la doctrine (1).

Les lois du 2 juillet 1862 et du 16 septembre 1871, citées au chapitre IV, ont donné aux conjoints la faculté de faire les remplois d'immeubles dotaux en rentes nominatives, de toute nature, sur l'Etat français. Ce droit leur était déjà concédé par certaines Cours et par certains jurisconsultes (2). D'autres Cours et d'autres jurisconsultes le leur refusaient (3).

Evidemment, une constitution d'hypothèque au profit de la femme ne peut pas être acceptée en remploi d'immeubles dotaux (4).

Les immeubles et les rentes sur l'État, acquis en remploi des immeubles dotaux, aliénés judiciairement ou par l'effet de la loi, sont dotaux.

(1) Paris, 26 février 1833 ; Caen, 8 mai 1838, et 27 mai 1851 ; Rouen, 7 mai 1853, et 21 juin 1856 ; Riom, 10 janvier 1856 ; Aix, 17 novembre 1860 ; Angers, 6 juillet 1861 ; Tessier, I, p. 409 ; Troplong, IV, 3421 et 3422 ; Duranton, XV, 486 ; Rodière et Pont, 1849 ; Marcadé, 1557, III ; Benech, 89 ; Aubry et Rau, 537 et note 77.

(2) Caen, 13 novembre 1847 ; Riom, 10 janvier 1856 ; Marcadé, 1557, III ; Troplong, IV, 3422.

(3) Rouen, 7 mai 1853 ; Angers, 6 juillet 1861 ; Flandin, De la transcription, I, 39 et 40 ; Rodière et Pont, 1691 ; Aubry et Rau, 537 et note 77.

(4) Paris, 26 février 1833 ; Toulouse, 7 août 1833 ; Caen, 30 août 1848, 30 avril 1849, 2 août 1851 ; Troplong, IV, 3416 ; Benech, 77 ; Rodière et Pont, 1840 ; Aubry et Rau, 537 et note 79.

« L'excédant du prix », lisons-nous dans les articles 1558 et 1559, restera « dotal », et « il en sera fait emploi *comme tel* au profit de la femme », c'est-à-dire que le bien acquis sera dotal. Certains jurisconsultes (1), s'appuyant sur l'article 1553, et négligeant, d'ailleurs, la lettre comme l'esprit des articles 1558 et 1559, prétendent que « l'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal », mais leur système est ruiné par les derniers mots du même alinéa de l'article 1553 : « Si la condition de l'emploi n'a été stipulée par le contrat de mariage », contrat de mariage, qui, dans l'espèce, est l'œuvre de la loi elle-même (2).

Lorsqu'un immeuble dotal appartient à la femme et à des tiers indivisément, et qu'il est l'objet d'une licitation, le prix de la part de la femme et le bien acquis en remploi sont dotaux. Cette application de l'article 1558 a été faite plusieurs fois (3).

Un immeuble paraphernal ne peut pas devenir dotal. L'acte, par lequel les conjoints tenteraient une transformation de cette sorte, ne constituerait pas le remploi prévu par la loi, la transmission de propriété, qui en forme la base, étant impossible.

Peut-on penser que la rente sur l'Etat, acquise en

(1) Tessier, I, p. 263 et 266 ; Odier, III, 1313 et 1319.

(2) Benech, 131 ; Troplong, IV, 1488 et 3508 ; Marcadé, 1558, VI ; Rodière et Pont, 1850 ; Taulier, v. p. 322 et 327 ; Aubry et Rau, 534, et notes 33 et 35.

(3) Rouen, 24 avril 1828 ; Cassation, 23 août 1830 ; Amiens, 19 juin 1847 ; Cassation, 10 mars 1856 ; Benech, 122 ; Troplong, 3485 ; Tessier, I, p. 283 ; Aubry et Rau, 534 et note 37.

remploi, reste aliénable comme toute autre chose mobilière ? Non. Car elle prend la place d'un immeuble en vertu des lois du 2 juillet 1862 et du 16 septembre 1871.

Passons aux dispenses conventionnelles de remploi, et aux remploi conventionnels. L'aliénation du bien dotal peut être permise par le contrat de mariage, sans aucune condition de remploi. Nous savons, en effet, que les époux peuvent faire, aux termes de l'article 1387, des conventions spéciales, comme ils le jugent à propos (1). Usant de la liberté qui leur est laissée, ils peuvent stipuler toute condition de remploi ; ils peuvent y subordonner la faculté d'aliéner ; mais il faut que leurs intentions ressortent avec netteté des termes du contrat de mariage (2). Ils peuvent aussi imposer l'obligation du remploi, soit au mari seul, soit au mari et aux tiers. Le remploi doit être fait en ceux des biens qu'indiquent les conventions matrimoniales (3). On doit, d'ailleurs, se conformer aux règles générales tracées plus haut, lorsque les parties n'y ont pas dérogé expressément.

Après la séparation de biens, l'obligation de faire

(1) Rouen, 21 mars 1829 ; Limoges, 6 décembre 1844 ; Duranton, XV, 484 ; Beneck, 73 ; Tessier, I, p. 403 ; Aubry et Rau, 537 et note 70 ; M. Colmet de Santerre, VI, n° 229 bis III, M. Laurent XXIII, 518.

(2) Grenoble, 17 novembre 1835 ; Limoges, 7 mai 1862 ; Troplong, IV, 3412 ; Aubry et Rau, 537, et note 72.

(3) Cassation, 22 février 1859 ; Paris, 23 mars 1844 ; Rouen, 2 juin 1849 et 7 mai 1853 ; Troplong, IV, 2417 ; Rodière et Pont, 1840 ; Aubry et Rau, 537 et note 76.

les remplois subsiste-t-elle ? Elle subsiste. Le régime dotal n'est pas détruit par la séparation. La femme recouvre l'administration de ses biens, mais en restant soumise aux effets de la clause de remploi, insérée dans le contrat de mariage (1).

Si le remploi n'est pas imposé à la femme par les conventions matrimoniales, il ne l'est pas non plus par le fait de la séparation de biens : aucun texte n'en établit l'obligation pour ce cas. Au reste, l'inaliénabilité de la dot persiste. Il est vrai, qu'une garantie, l'hypothèque légale de la femme, a disparu. Mais la femme, substituée au mari comme administrateur des biens dotaux, en est aussi propriétaire. Puis le mari reste assujetti aux dispositions de l'article 1450. Pour ces motifs, il est admissible que la loi se soit abstenue d'exiger le remploi de la dot. La Cour de Cassation juge, qu'il ne peut appartenir aux tribunaux d'imposer à la femme dotale, séparée de biens, pour la réception des deniers dotaux, des conditions qui ne résultent ni de la loi ni du contrat ; que, si un contrat de mariage ordonne au mari de remployer seulement le prix des immeubles dotaux, il a le droit de recevoir librement les autres capitaux dotaux, en vertu de l'article 1549 ; que la séparation de biens ne modifie pas cet état de choses ; qu'elle ne peut pas imposer à la femme, comme le contrat de mariage,

(1) Rouen, 12 août 1844 ; Limoges, 16 décembre 1848 ; tribunal de Valence, 24 juin 1875 ; Cassation 8 janvier 1877.

une obligation de remploi ; qu'une telle obligation n'est pas, en tout cas, opposable aux tiers, cette disposition du jugement n'acquérant pas contre eux l'autorité de la chose jugée, et les conventions matrimoniales demeurent immuables à leur égard (1). Dans le système contraire, on invoque, non pas seulement la nécessité de substituer à l'hypothèque légale de la femme une nouvelle garantie, mais aussi la jurisprudence des Parlements, qui, dans les pays de droit écrit, ordonnaient l'emploi de la dot reçue par la femme séparée ; on allègue aussi la faiblesse de la femme (2).

(1) Cassation, 26 juillet 1869. En ce sens : Montpellier, 26 novembre 1806 ; Toulouse, 5 juin 1815 ; Riom, 5 février 1821 ; Caen, 4 juillet 1824 ; Cassation, 25 janvier 1826 ; Grenoble, 29 mars 1828 ; Bordeaux, 19 juin 1834 ; Caen, 9 décembre 1836 ; Cassation, 23 décembre 1839 ; Nîmes, 29 juin 1840 ; Cassation, 11 avril 1842 ; Paris, 25 avril 1843 ; Limoges, 16 décembre 1848 ; Agen, ... décembre 1851 ; Paris, 14 janvier 1856 ; Caen, 7 juillet 1858 ; Nîmes, 5 décembre 1859 ; Cassation, 21 mai 1867 ; Agen, 7 mars 1870 ; Merlin, *Questions*, v^o Remploi, 10 ; Duranton, XV, 488 ; Troplong, II, 1425 et suivants ; Rodière et Pont, 2198 ; Aubry et Rau, 539 et note 12 ; Laurent, XXIII, 558.

(2) Bordeaux, 2 août 1813 ; Montpellier, 22 juin 1819 et 24 mai 1823 ; Toulouse, 7 mai 1824 et 17 mai 1827 ; Montpellier, 29 novembre 1831 ; Limoges, 1^{er} septembre 1834, et 14 juillet 1847 ; Agen, 9 février 1849 ; Bellot, IV, p. 228 ; Benech, 137-138.

CHAPITRE XII

L'enregistrement et la transcription des remplois.

Lorsque l'acte d'acquisition est accompagné de la déclaration du mari, et, s'il intéresse la femme, de l'acceptation de celle-ci, l'enregistrement et la transcription de cet acte ne diffèrent en rien, ni de l'enregistrement, ni de la transcription, de tout acte analogue, qui ne contient pas de remploi : les formalités ordinaires sont accomplies les droits ordinaires sont perçus, selon la nature des actes, selon la nature des biens, meubles ou immeubles. Une décision ministérielle, du 28 juin 1808, portait : « que, dans le cas prévu par l'article 1434, le remploi étant consommé en faveur du mari par le seul fait de sa déclaration que l'immeuble qu'il acquiert lui en tiendra lieu, il doit être perçu sur cette clause particulière, comme indépendante de la mutation, le droit fixe de déclaration ; et que la simple déclaration du mari, non acceptée par la femme, n'opérant pas le remploi, d'après l'article 1435, elle ne donne ouverture à aucun droit ; mais qu'un droit fixe serait exigible si cette déclaration était acceptée, parce qu'elle

constituerait un consentement ou une décharge de remploi » (1). Et la Cour de Cassation avait jugé, que la clause, par laquelle la femme accepte l'immeuble acquis par le mari en remploi de la dot, est indépendante de la clause relative à l'acquisition de l'immeuble (2). Certains tribunaux refusèrent de voir, dans les acquisitions et dans les déclarations qui y sont jointes, des dispositions indépendantes les unes des autres, et l'Administration finit par « ne pas insister » (3).

Si l'acceptation de la femme n'est pas immédiate, elle ne donne ouverture qu'à un droit fixe d'enregistrement, et elle échappe à la transcription. Nous avons admis en effet, au chapitre VI, qu'elle rétroagit, soit entre les conjoints, soit même à l'égard des tiers, au moment de l'acquisition et de la déclaration simultanées, que le mari a dû faire, conformément à l'article 1435. La Régie reconnaît bien, que l'acceptation de la femme n'opère pas de mutation, et, en conséquence, elle ne perçoit qu'un droit fixe d'enregistrement, mais elle exige un droit de transcription, alléguant que les charges hypothécaires créées par le mari au profit des tiers sont opposables à la femme (4). A notre avis, un tribunal répond avec plus

(1) Instruction générale du 17 août 1808.

(2) 18 février 1833.

(3) Solution du 26 août 1864; dans le même sens, solution du 10 septembre 1872.

(4) Solution du 17 juillet 1879; en ce sens, Cassation, 14 janvier 1868.

de vérité, que l'article 1435 donne au mari le mandat de faire, au nom de sa femme, le remploi de ses immeubles aliénés; que, si le remploi est parfait seulement par l'acceptation formelle de la femme, c'est là une condition suspensive, dont l'accomplissement, d'après les principes du droit, rétroagit au jour où l'engagement a été contracté, et rend la femme propriétaire, *a principio*, de l'immeuble déclaré acquis de ses deniers; qu'en exigeant un nouveau droit de transcription, l'Administration veut lui faire payer une seconde fois le droit déjà payé par elle; que toutes les décisions judiciaires invoquées par l'Administration, ont été rendues dans des espèces, où le mari avait acquis les immeubles en son nom personnel (1).

La cession d'un bien du mari faite à la femme en vertu de l'article 1595, 2°, a tous les effets d'une vente simple : elle est sujette au droit proportionnel de mutation, et à la transcription.

Mais que décider, lorsque le bien cédé à la femme en vertu du même article dépend de la communauté ? « L'opinion des docteurs, disait dans l'ancien droit Pocquet de Livonière (2), autorisée par la jurisprudence des arrêts, est qu'il n'est point dû de lods et ventes, parce que cela se fait par manière de partage de la communauté, et que la femme n'est pas étran-

(1) Evreux, 20 décembre 1845.

(2) Livre III, chap. v, sect. III.

gère à l'égard de ces sortes de biens, sur lesquels elle a un droit positif ou de prétention ». La Régie considère, qu'il y a là un prélèvement qui précède le partage, le prélèvement du montant des reprises de la femme, fait sur les biens de la communauté d'après les articles 1433 et 1470 ; que ce prélèvement est simplement « attributif de propriété au profit de la femme » ; que, par conséquent, il ne donne pas ouverture au droit proportionnel » (1). La Cour de cassation conclut de la même manière, mais pour d'autres motifs. Elle affirme, que la femme ne reçoit pas, à titre de commune ou d'associée, l'immeuble ainsi donné en emploi ; qu'il y a une « acquisition » ; mais qu'il est dans l'esprit de la loi sur l'enregistrement de dispenser un pareil acte du droit proportionnel de mutation, en vue de favoriser les époux et de faciliter les arrangements de famille. Elle ajoute, que, pour consolider la propriété dans ses mains et s'assurer de l'efficacité du emploi, la femme doit purger les hypothèques du chef du mari ou des précédents propriétaires, qu'ainsi l'acte de emploi est de nature à être transcrit, et, par suite, passible du droit de transcription (2). Nous pensons, que, la cession d'un acquêt, à titre de emploi, étant un préliminaire du partage des biens communs, aucun droit de mutation

(1) Instruction gén. 1490, 12.

(2) 3 juillet 1850. Dans le même sens : Cassation, 18 juillet 1853, et 7 juin 1853.

ne doit être perçu. Nous pensons aussi, qu'un droit de transcription est dû, seulement dans le cas où les parties, voulant prévenir les tiers que l'immeuble n'est plus à la disposition du mari, soumettent volontairement l'acte à la formalité au bureau des hypothèques. Il est bien entendu, que, la femme venant à renoncer à la communauté, les droits d'enregistrement et de transcription seront dès lors exigibles.

CHAPITRE XIII

Les frais des remplois.

Les frais des remplois sont à la charge de celui des conjoints dans l'intérêt de qui les remplois sont faits. C'est la doctrine qui ressort, et de l'article 1593, et de la loi du 22 frimaire an VII, article 31.

Elle est admise par la Cour de cassation, d'après laquelle la femme subit les conséquences naturelles et légales des clauses de remploi, acceptées dans le contrat de mariage, et doit, comme tout acheteur, les frais et loyaux coûts de l'acquisition faite pour elle en remploi, le mari, qui procède comme mandataire de la femme, ne pouvant pas devoir les frais de l'acte accompli dans l'intérêt de celle-ci (1). La femme dotale prend les frais, d'abord sur ses paraphernaux, ensuite sur la dot même (2).

Précédemment, on avait jugé, à tort, que la femme dotale devant, d'après le régime adopté, retrouver, dans le remploi, un bien de la même nature et, au

(1) 16 novembre 1859.

(2) Caen, 19 juin 1852, et 10 mars 1856; Nîmes, 13 novembre 1872; Benech, 91; Troplong, IV, 3428; Marcadé, 1557, III; Aubry et Rau, 507 et note 87, 537 et note 90.

moins, de la même valeur, il est nécessaire que les frais et loyaux coûts de l'acquisition du nouvel immeuble restent à la charge de l'acquéreur du bien, qui était dotal; qu'ils ne peuvent pas être imputés par cet acquéreur sur son prix; qu'autrement il y aurait un amoindrissement de la dot d'autant plus grand qu'il se ferait plus de ventes et de remplois successifs du bien dotal » (1). On avait décidé, avec aussi peu de raison, que les frais du remplacement de biens dotaux, aliénables à la charge de remploi, devaient être supportés par le « mari, sans quoi la femme n'eût pas retrouvé sa dot entière » (2).

(1) Caen, 18 décembre 1837.

(2) Caen, 7 juillet 1845.

CHAPITRE XIV.

Les remplois et la pratique.

La pratique connaît principalement, presque uniquement, les remplois qui se rattachent au régime dotal. Mais de ceux-là, quand elle est prévoyante et habile, elle fixe les règles, avec précision, dans les contrats de mariage. Elle prévient ainsi une quantité de doutes et de procès.

A Paris, où se rencontrent ordinairement les plus gros intérêts, la Chambre des notaires recommande l'emploi d'une formule, qu'il est bon d'examiner ici.

En 1857, la Chambre en arrête les termes, pour ce qui concerne les transferts et les conversions de valeurs nominatives, d'accord avec les délégués et les conseils de plusieurs Compagnies industrielles et financières, qui subordonnent leur consentement à l'adoption et à l'usage des clauses alors rédigées. En 1877, quelques remaniements substituent au texte ancien la formule usitée aujourd'hui (1).

Elle assure l'aliénabilité indéfinie des biens de la

(1) Elle est reproduite plus bas, comme annexe.

femme, à l'amiable, mais à la charge de remplois en ceux des immeubles ou des meubles, que le contrat de mariage désigne.

Les acquéreurs, les débiteurs, les dépositaires, ne répondent que de la « matérialité » des remplois. Ils s'affranchissent même de tout recours, en remettant les valeurs ou les fonds à l'agent de change chargé de la vente ou de l'achat ou au notaire chargé du placement. Le Trésor, les établissements publics, les sociétés, restent étrangers à toutes ces opérations.

L'acceptation de la femme est exigée pour la validité des remplois. Les titres doivent porter son nom, avec la mention de la dotalité et de l'obligation de remployer les capitaux. Les valeurs au porteur, quand il n'est pas possible de les convertir en valeurs au nom de la femme, et les valeurs transmissibles par endos, sont déposées dans certaines caisses.

De la sorte, la loi est interprétée, complétée, mise en œuvre. Cette formule pourrait être plus concise, plus élégante. Mais il ne faut pas oublier comment elle a été élaborée. Il ne faut pas oublier non plus que la pratique vise, tout en notant le droit, à se faire bien comprendre des intéressés.

Le Trésor ne consent à insérer, dans les immatricules, les mentions relatives aux remplois, que s'ils sont prescrits et constatés par des actes authentiques, comme dérivant de restrictions au droit d'aliéner

imposées par des contrats de mariage, des donations, des testaments. Il se désintéresse des conventions matrimoniales, et n'exige, pour le transfert des rentes dotales, que les signatures ou les procurations du mari et de la femme.

Lorsque les conjoints sont soumis au régime le plus fréquemment adopté à Paris, c'est-à-dire au régime de la communauté réduite aux acquêts, notre matière est habituellement traitée en ces quelques mots ou en des termes équivalents : « Le remploi des biens, propres à chacun des époux, qui seraient aliénés ou remboursés pendant le mariage, se fera conformément à la loi, sans que les tiers aient à s'en inquiéter ». Voilà comment, dans la plupart des cas, la pratique consolide la base fournie par la loi, par les décisions judiciaires, par la doctrine : base qui inspire peu de confiance aux hommes d'affaires, témoins des longs tâtonnements et des variations de la jurisprudence.

D'ailleurs, on ne fait guère de remplois, tout au moins de remplois réguliers, quand ils ne sont pas obligatoires. Et pour en faire, on achète des immeubles : en ce cas, la clarté des textes s'impose à la pratique.

Mais, s'il s'agit de meubles, s'il se rencontre des maris, avertis et soigneux, qui veulent reconstituer, au moyen de remploi, le patrimoine de leur femme et le leur, par exemple, au fur et à mesure des remboursements de valeurs, si fréquents aujourd'hui, se

borneront-ils à acheter d'autres valeurs, et à conserver le bordereau de l'agent de change ? Le bordereau portera leur nom ou celui de leur femme. C'est tout ce que leur livrera la pratique courante, et le défaut des déclarations prescrites par la loi invalidera chaque remploi.

Dans l'état de nos mœurs, le meilleur parti sera peut-être de faire les déclarations légales, en recourant à la forme notariée, aussitôt après l'achat des valeurs, de façon que l'acquisition et la constatation du remploi puissent être tenues pour concomitantes. Peut-être même, le bordereau de l'agent de change n'étant revêtu d'aucune mention, une extrême prudence conseillera-t-elle d'autres déclarations antérieures à l'achat. La présentation d'actes authentiques disposera les établissements publics et les sociétés à viser l'opération sur les titres, bien qu'il s'agisse d'un remploi purement facultatif.

ANNEXE ⁽¹⁾

Nonobstant le régime dotal ci-dessus adopté, la future épouse pourra toujours, avec l'autorisation de son mari, et sans être tenue de remplir aucune formalité judiciaire :

1^o Procéder à tous comptes, liquidations et partages, accepter toutes donations et toutes successions, traiter, transiger et compromettre ;

2^o Aliéner, échanger ou transférer à l'amiable, soit de gré à gré, soit aux enchères publiques, tous ses biens actuels et futurs, meubles et immeubles, rentes, créances, actions, obligations et autres valeurs quelconques.

Les capitaux provenant de ces ventes, échanges et transferts, ainsi que tous autres capitaux qui pourront appartenir à la future épouse ou lui advenir par successions, donations, legs ou autrement, devront, lors de leur remboursement, être employés comme il va être dit.

L'emploi de ces divers capitaux sera effectué, soit en acquisitions d'immeubles situés en France, rentes sur l'État français, actions de la Banque de France, placements sur particuliers par privilèges ou hypothèques sur immeubles situés en France, soit même en actions ou en obligations entièrement libérées des compagnies de chemins de fer français du Nord, d'Orléans, de Paris à Lyon et à la Méditerranée, de l'Est, de l'Ouest ou du Midi, en obligations également libérées de la Société du Crédit Foncier de France ou de la ville de Paris.

Les valeurs autres que celles ci-dessus spécifiées, qui, pendant le mariage, adviendront à la future épouse, par successions, donations ou legs, pourront être conservées en nature, mais à la condition qu'elles seront inscrites au nom de la future épouse, avec mention de la dotalité et de l'obligation d'emploi ; en cas d'impossibilité, elles seront déposées, comme il sera stipulé ci-après pour les valeurs

(1) Voir page 199.

au porteur et pour les valeurs nominatives transmissibles par endos.

Les frais en déboursés et honoraires, qui seront à la charge de la future épouse dans ceux qu'occasionneront les acquisitions ou échanges ci-dessus prévus, les dettes grevant les successions qui pourront échoir à la future épouse, les droits de mutation dus à l'occasion des successions et legs par elle recueillis, les frais de partage de ces successions et autres y relatifs, et ceux des donations faites au profit de la future épouse, serviront, jusqu'à due concurrence, de emploi sur les quittances, qu'en donneront les fonctionnaires publics ou créanciers à qui ces diverses sommes seront payées.

Les biens et valeurs, ainsi acquis en emploi, pourront être indéfiniment aliénés ou échangés, sans aucune formalité de justice, à la charge de remployer les deniers à en provenir, comme il vient d'être dit.

Les acquéreurs et débiteurs ne seront tenus que de la matérialité des emplois, et ne seront nullement responsables de leur utilité.

En cas de emploi en achat de rentes sur l'Etat, actions de la Banque de France, actions ou obligations des Compagnies ci-dessus dénommées de Chemins de fer français, obligations du Crédit Foncier de France ou de la Ville de Paris, la remise des deniers dotaux entre les mains de l'agent de change chargé de l'achat vaudra décharge pour les débiteurs ou détenteurs de ces deniers. Il en sera de même de la remise des dits deniers entre les mains du notaire chargé du placement, s'il s'agit de emploi en immeubles ou en créances privilégiées ou hypothécaires. Dans les deux cas, l'obligation du emploi ne pèsera plus que sur l'agent de change ou le notaire, suivant la circonstance.

En cas de vente des mêmes valeurs, la remise des titres entre les mains de l'agent de change, chargé de la vente, libérera valablement les dépositaires ou débiteurs de ces titres, dont le prix sera employé conformément aux dispositions qui précèdent, par les soins de l'agent de change.

L'agent de change, le notaire, ne seront eux-mêmes

tenus que de la matérialité de l'emploi; ils ne seront pas responsables de l'utilité.

Le Trésor, l'administration de la Banque de France, les Compagnies de Chemins de fer, la Société du Crédit foncier de France, la Ville de Paris, les Sociétés ou les établissements publics quelconques, n'auront point à s'immiscer dans ces emplois, auxquels ils seront complètement étrangers; ils ne seront soumis à aucune responsabilité, même en cas d'inexécution, et ils n'auront, par suite, aucune justification à demander.

Les divers emplois et remplois ci-dessus ne seront valables qu'autant qu'ils seront acceptés par la femme, sous l'autorisation de son mari; les titres les constatant, inscrits au nom de la femme, feront mention de la dotalité et de l'obligation d'emploi, sauf ce qui sera dû ci-après pour les titres au porteur et pour les titres nominatifs, transmissibles par endos.

Si, lors d'un remboursement, les époux ne sont pas en mesure d'opérer l'emploi, les fonds seront déposés à la Caisse des Consignations ou entre les mains d'un notaire du choix des époux, et les tiers débiteurs ou détenteurs seront libérés de la charge d'emploi par ce dépôt, à la condition qu'il soit constaté, en ce qui concerne la Caisse, par la délivrance d'un récépissé, et, en ce qui concerne le notaire, par un acte authentique, le tout relatant l'obligation de remploi.

Dans le cas où les actions, rentes ou valeurs acquises en remploi ou provenant à la future épouse de successions, donations ou legs, seraient, soit au porteur non susceptibles d'être converties en titres nominatifs mentionnant la dotalité et l'obligation d'emploi, soit nominatives transmissibles par endos, il devra être procédé de la manière suivante.

Les actions, obligations, rentes ou valeurs seront déposées, en cas d'acquisition, par l'agent de change, et, dans les autres cas, par tous détenteurs, dans les caisses, soit des Compagnies, soit de la Banque de France, de la Ville de Paris, du Crédit Foncier de France, ou de la Caisse des

Consignations, qui délivreront des récépissés au nom de la future épouse.

Ce dépôt pourra encore être fait, si les époux le préfèrent, entre les mains d'un séquestre nommé, sur requête des dits époux ou de l'un d'eux, par M. le Président du Tribunal civil du lieu de leur domicile. Le séquestre donnera récépissé du dépôt par acte authentique.

Les récépissés porteront les numéros des titres déposés, mentionneront le régime dotal et l'obligation d'emploi, et indiqueront que les dits titres ne pourront être retirés que par un agent de change, désigné par les futurs époux, pour en opérer l'aliénation à charge de remploi.

Lors du retrait, il sera donné, par acte authentique, au dépositaire, une décharge des titres, signée des époux et de l'agent de change chargé du remploi.

La remise effectuée entre les mains de l'agent de change, chargé du remploi, déchargera complètement le dépositaire ; l'agent de change, seul tenu de suivre le remploi, sera lui-même déchargé, comme il est dit ci-dessus.

Il est bien entendu, que les primes et lots, qui pourraient être attachés aux valeurs de la future épouse lors des remboursements, seront, quelle que soit leur importance, considérés comme capitaux dotaux, et soumis par conséquent aux conditions de remploi ci-dessus indiquées.

Les frais des quittances qui constateront les remboursements de valeurs et la remise des primes et lots, les frais des récépissés et des décharges concernant les dépôts, resteront à la charge exclusive de la future épouse, comme étant occasionnés par son régime dotal.

Les futurs époux, par les stipulations qui précèdent, n'entendent pas restreindre les facultés contenues dans les articles (1555, s'il y a des enfants d'un mariage antérieur), 1556, 1557 et 1558, du Code civil ; ils déclarent, au contraire, vouloir appliquer chacune de ces facultés à tous les biens dotaux, meubles et immeubles.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE PREMIER

Les origines des emplois.

Les emplois avant la réformation de la Coutume de Paris. — La nouvelle Coutume de Paris supplée au silence des conjoints. — Suites de cette innovation. — Les projets du Code civil... 77

CHAPITRE II

La communauté légale et les emplois. — Les causes des emplois

Les textes fondamentaux. — Discussions. — Les emplois des meubles sont permis comme les emplois des immeubles. — La tradition. — La doctrine. — Faits qui donnent lieu aux emplois. — En cas de destruction totale ou partielle d'un propre, l'indemnité d'assurance est susceptible de emploi. — Si un propre est donné en paiement d'une dette de la communauté, le emploi est possible..... 87

CHAPITRE III

La communauté légale et les emplois (suite). — Du droit de faire les emplois

Le droit du mari. — Le droit de la femme. — Les emplois *in futurum*. — La lettre de la loi. — L'esprit de la loi. — La Cour de cassation et les Cours d'appel. — Opinions des jurisconsultes. 101

CHAPITRE IV

La communauté légale et les emplois (suite). — Quels biens peuvent servir aux emplois

Le Code laisse subsister la liberté des conjoints. — Pothier. — Rien, dans la pensée des auteurs du Code, ne s'oppose aux emplois en meubles. — Les emplois en meubles : jurisprudence. — Les emplois en meubles : doctrine. — Les emplois en immeubles : doctrine et jurisprudence. — Les emplois en rentes sur l'Etat. — La femme a le droit d'acquérir en emploi les meubles ou les immeubles, soit du mari, soit de la communauté. — Si le prix du bien acquis en emploi dépasse notablement la somme à remployer, le bien acquis n'est propre qu'en partie..... 110

CHAPITRE V

La communauté légale et les emplois (suite). — La forme et la nature des emplois

Une déclaration expresse du mari est nécessaire. — Tâtonnements de la jurisprudence. — La déclaration doit être faite *in continenti*. — La déclaration ne peut pas être faite *ex intervallo*, même pour la femme. — Déclarations exigées dans l'ancien droit. — Une double déclaration est prescrite par le Code, et suffit. — Les emplois faits pour la femme ne sont pas valables sans son acceptation. — L'acceptation peut avoir lieu *ex intervallo*, mais non après la dissolution de la communauté. — La nature des emplois..... 133

CHAPITRE VI

La communauté légale et les emplois (suite). — Les effets des emplois

La communauté est libérée ; elle n'a pas de droits sur les biens acquis en emploi. — L'acceptation de la femme rétroagit au moment de l'acquisition. — La tradition. — Le Code. — La jurisprudence. — La doctrine : trois systèmes... 151

CHAPITRE VII

La séparation de biens judiciaire et les emplois

Notre loi et l'ancien droit. — La justice autorise la vente, et le mari y reste tout à fait étranger. — La justice autorise la vente, et le mari y concourt. — La justice autorise la vente, et les deniers sont reçus par le mari ou ils tournent à son profit. — Le mari consent à la vente. — Les principes précédents s'appliquent aux meubles comme aux immeubles..... 160

CHAPITRE VIII

La communauté conventionnelle et les emplois

Double principe. — Les emplois des propres de la femme peuvent être obligatoires pour le mari. — Les emplois des propres de la femme peuvent être obligatoires pour les tiers..... 166

CHAPITRE IX

Le régime sans communauté et les emplois

L'article 1450 s'étend au régime sans communauté, qui emprunte, d'ailleurs, les autres règles des emplois au régime de la communauté légale..... 171

CHAPITRE X

Le régime de la séparation de biens et les emplois

Il n'y a pas de différence entre la séparation contractuelle et la séparation judiciaire en ce qui concerne les emplois.... 174

CHAPITRE XI

Le régime dotal et les emplois

Les règles qui gouvernent les emplois sous le régime de la communauté, passent, en principe, dans le régime dotal, où elles subissent les modifications qu'impose la nature du régime. — Les emplois des immeubles dotaux, aliénés en vertu d'une autorisation judiciaire ou par l'effet d'une prescription légale, sont obligatoires pour le mari. — Ils sont obligatoires pour les acquéreurs. — Ils doivent être faits en immeubles ou en rentes sur l'Etat. — Les immeubles et les rentes sur l'Etat, acquis en emploi des immeubles dotaux, aliénés judiciairement ou par l'effet de la loi, sont dotaux. — Les dispenses conventionnelles de emplois et les emplois conventionnels. — L'obligation de faire les emplois subsiste après la séparation de biens, qui, d'ailleurs, ne peut pas créer cette obligation..... 176

CHAPITRE XII

L'enregistrement et la transcription des emplois..... 192

CHAPITRE XIII

Les frais des emplois..... 197

CHAPITRE XIV

Les emplois et la pratique..... 199

Annexe..... 203

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. — La loi *Ælia Sentia* est antérieure à la loi *Junia Norbana*.

II. — La décision du *consilium*, chargé d'examiner les *justæ causæ*, ne peut pas être rejetée par le magistrat qui le préside.

III. — L'affranchissement entre vifs n'est réputé fait *in fraudem creditorum*, et, par conséquent, nul, que si au *damnum* s'ajoute le *consilium fraudis*.

IV. — L'affranchissement fait *in fraudem creditorum* reste nul, même si l'héritier du débiteur est solvable.

V. — Les créanciers doivent invoquer, dans le délai de dix ans, la nullité de l'affranchissement fait en fraude de leurs droits.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

I. — A partir de Dioclétien, le mineur de vingt-cinq ans ne peut pas rendre sa condition pire sans le *consensus curatoris*.

II. — Le simple pacte engendre une obligation naturelle.

III. — Dans les obligations à terme, le débiteur n'est pas mis en demeure, de plein droit, par l'échéance.

IV. — L'*arbitrium judicis* n'est jamais, à l'époque classique, exécutoire *manu militari*.

DROIT CIVIL

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. — Les remplois de meubles sont permis sous le régime de la communauté légale.

II. — Les remplois *in futurum* sont valables.

III. — Les remplois en meubles sont permis sous le régime de la communauté légale.

IV. — La déclaration du remploi doit être faite par le mari, lors de l'acquisition, même pour la femme.

V. — L'acceptation du remploi par la femme ré-

troagit au moment de l'acquisition, même à l'égard des tiers.

VI. — Les remplois des immeubles dotaux, aliénés en vertu d'une autorisation judiciaire ou par l'effet de la loi, sont obligatoires pour le mari.

VII. — Les immeubles et les rentes sur l'Etat, acquis en remploi des immeubles dotaux aliénés judiciairement ou par l'effet de la loi, sont dotaux.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

I. — Les héritiers du donateur ne peuvent pas opposer au donataire le défaut de transcription de la donation.

II. — La nullité d'un contrat de mariage, fait par un mineur sans l'autorisation des ascendants ou du conseil de famille, est seulement relative.

III. — Les ventes faites par l'héritier apparent sont valables, à la seule condition que l'acquéreur ait été de bonne foi.

IV. — L'élection de domicile dans l'inscription hypothécaire n'est pas une formalité substantielle dont l'omission entraîne la nullité de l'inscription.

PROCÉDURE CIVILE

I. — Le ministère public ne peut agir d'office que dans les cas spécifiés par la loi.

II. — L'exception de litispendance doit être opposée *in limine litis*.

III. — En cas de défaut-congé, il n'y a qu'un simple relaxe de l'instance, laquelle peut être renouvelée, sans que le demandeur ait besoin d'attaquer le jugement.

DROIT CRIMINEL

I. — La solidarité édictée par l'article 55 du Code pénal est parfaite.

II. — Les complices des soustractions commises par les personnes indiquées dans l'article 380 du Code pénal, en tout autre cas que celui de recel, ne sont pas punissables.

DROIT FISCAL

I. — Il n'est pas dû de droit sur la déclaration de remploi faite lors d'une acquisition.

II. — Lorsqu'un bien de la communauté est cédé

à la femme en emploi, aucun droit de mutation ne peut être perçu, tant que la femme n'a pas renoncé à la communauté.

DROIT CONSTITUTIONNEL

La règle générale, en matière de traités, est que le Président de la République peut les négocier et les ratifier sans l'assentiment des Chambres.

Vu par le Président de la Thèse,
C. BUFNOIR.

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer,
LE VICE-RECTEUR DE L'ACADÉMIE DE PARIS,
GRÉARD.

PARTHENAY

IMPRIMERIE A. RAYMOND

Rue de la Saunerie
